

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ

EFETIVIDADE PROCESSUAL E TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS
Bases para o estudo da tutela inibitória no processo civil peruano

CURITIBA
2013

CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ

EFETIVIDADE PROCESSUAL E TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS

Bases para o estudo da tutela inibitória no processo civil peruano

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração: “Relações Sociais”, linha de pesquisa: “Direito, Tutela e Efetividade”, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ

EFETIVIDADE PROCESSUAL E TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS

Bases para o estudo da tutela inibitória no processo civil peruano.

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre no programa de pós-graduação em Direito, área de concentração “Relações Sociais”, linha de pesquisa “Direito, Tutela e Efetividade”, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Orientador – Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Fredie Didier Jr.
Universidade Federal da Bahia.

Curitiba, 8 de março de 2013.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação não foi produto de um trabalho individual e menos ainda de qualquer atribuição de autonomia intelectual ou acadêmica. Em verdade, trata-se de um conjunto de esforços, ideias, tempo compartilhado (e abusado) e de vários outros elementos em que convergiram pessoas que me honraram com a sua amizade e permanente presença.

Nenhum sacrifício poderia ter sido possível se não tivesse me encomendado a Deus, seja para deixar meu lar, para estudar fora do meu país, para ver o dia finalizar e iniciar por meio de leituras e livros e, sobretudo, para me sumir na difícil e apostólica missão de pesquisar, investigar, se questionar o aprendido e ter o valor de expor os resultados só para serem novamente questionados. Destarte, tudo o que sou provém dEle e é para Ele.

Dedico este trabalho a toda minha família, em especial ao meu pai, minha mãe, meu irmão que como presentes e reais aliados, nunca deixaram de acreditar em mim. Dedico também este trabalho na sua íntegra ao meu querido Mestre, o Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni de quem tenho a honra de privar a sua amizade e orientação desde o penúltimo ano do curso de graduação, ainda na Universidade de Lima. A ele, minha profunda admiração e gratidão. Obrigado também pela oportunidade de me acolher no escritório, pela constante orientação e tutela, pela parceria em diferentes projetos editoriais e também pela inesquecível oportunidade de acompanhar as suas aulas de graduação como monitor, importante contribuição para a minha formação como professor.

Minha gratidão ao Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, membro da Banca examinadora, de quem tenho a honra de ter a sua amizade há alguns anos. Também, agradeço ao Prof. Dr. Fredie Didier Jr. pela aceitação em conformar a Banca examinadora avalia esta dissertação. A eles, os três, minha enorme gratidão e renovada admiração.

Agradeço, igualmente aos meus queridos professores com os que partilhei e venho partilhando valiosas lições de como ser sensível ante o clamor da justiça. Entre eles, no Brasil, ao Prof. Dr. Prof. Dr. Clayton Maranhão, Prof. Dr. Antonio Gidi, Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero, Prof. Dr. José Rogério Cruz e Tucci e Prof. Antônio do Passo Cabral; na Argentina, ao Prof. Dr. Álvaro Perez-Ragone; na Itália, aos professores e ídolos de qualquer processualista, ao Prof. Sergio Chiarloni, Prof.

Federico Carpi e também ao Professor Remo Caponi. Aos meus queridos professores no Peru, meus Mestres e amigos, Prof. Juan Monroy Gálvez e ao Prof. Juan José Monroy Palacios, pelos meus primeiros passos no processo.

Igualmente, meu muito obrigado a todos os professores do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Aos meus caros amigos com os quais me senti irmanado não só pelo direito, mas pela paixão pelo processo e pelo direito constitucional, à Paula, Maira, Juliana, ao Gustavo, André, Adriano, Luiz Henrique, Thiago Mourão, Diogo e tantas outras mentes brilhantes com quem aprendi muito. Aos meus queridos amigos de cadeira da Faculdade de Direito da Universidade de Lima, Mario, José, José Luis, a eles, o renovado compromisso de aprimorar a nossa justiça civil.

Imprescindível para vivenciar este momento é o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, centro de profusa atividade intelectual, social e política. A minha querida Faculdade, minha infinita gratidão pelo incentivo permanente à pesquisa e meu mais profundo desejo de reconhecimento desta excelência com a nota CAPES 7 na próxima avaliação trienal. Agradeço e reconheço, ao mesmo tempo, aos Professores Doutores José Peres Gediel e Rodrigo Xavier Leonardo, coordenador e vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR durante a minha estada em Curitiba.

Registro também meu agradecimento à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), por ter me prestigiado com o título de bolsista da renomada bolsa CAPES-Proex destinada aos programas de pós-graduação de altíssima qualidade do Brasil. Muito obrigado, pelo apoio logístico, pela confiança e alto compromisso encomendado.

Esta é uma pequena demonstração de carinho e afeto a todos os que me acompanharam nestes últimos dois anos – e com certeza acompanharão! É a materialização de um sonho, de algo que até, há dois anos, considerava como virtual. De resto, qualquer erro advertido na dissertação é de total responsabilidade de quem vem agora agradecer-lhes.

*Ao meu pai, à minha mãe, ao meu irmão e a
toda minha família pelo incansável amor.*

*Ao Professor Luiz Guilherme Marinoni, em
homenagem à sua genialidade.*

*“It's not where you take things from — it's
where you take them to”.*

Jean-Luc Godard

RESUMO

A presente dissertação de mestrado versa sobre a tutela jurisdicional inibitória como remédio jurisdicional contra o ilícito civil visando ao cuidado e intangibilidade dos direitos fundamentais e materiais. Adota três perspectivas teóricas que servem de fio condutor para uma nova compreensão da tutela jurisdicional inibitória. O primeiro enquadramento, presente no capítulo II, é o constitucional manifestado no *neoprocessualismo*, patamar ao qual é chegado após a revisão crítica do antigo binômio Constituição-processo. Logo passa-se a identificar esta nova relação como aquela caracterizada pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais processuais sobre o legislador e juiz. Esta primeira perspectiva caracteriza-se pela análise considerando o impacto hodierno do neoconstitucionalismo. O capítulo III contém a orientação dogmática ou doutrinária da tutela jurisdicional contra o ilícito e da fundamentação constitucional da tutela jurisdicional inibitória. Trata-se da problemática atual em torno desta espécie de tutela jurisdicional e das soluções dadas para a sua factibilidade dentro do processo. No capítulo IV, relativa à perspectiva metodológica da dissertação, discute-se a possibilidade de instrumentalizar a tutela jurisdicional preventiva no Peru, objetivando a introdução de uma regra executiva aberta (cláusula processual aberta) tal qual o art. 461 do CPC brasileiro de 1973 ou do art. 511 do projeto de novo CPC brasileiro tramitado no Congresso Nacional (PL nº 166/2010). Retratam-se as técnicas legislativas casuísticas e as cláusulas gerais. Finalmente, no Apêndice apresenta-se uma proposta legislativa que pode ser extraída de cada capítulo procurando, assim, a coerência do discurso traçado no início da pesquisa, qual seja, a contribuição não só doutrinária, mas também legislativa para aprimorar o serviço de justiça oferecido pelo Estado no que tange à tutela dos direitos.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Tutela jurisdicional inibitória. Cláusulas processuais abertas.

ABSTRACT

This LL.M dissertation discusses the *injunction (quia timet)* in order to introduce what it is known in the civil law systems as *tutela inibitória* or *azione inibitoria*. The main is to theorize about the importance of such injunction to protect fundamental and substantial rights. Through the adoption of a triple perspective, *constitutional, dogmatic and methodological*, it offers a comprehensive way to treat and study this type of injunction. The first perspective deals with the constitutionalization of civil procedure, inherent phenomena to the continental systems and the self-executing constitutional norms that defines procedural fundamental rights. The third chapter presents a dogmatic perspective of the injunction in order to critically theorize the many conceptions and definitions of legal institutions related to the procedural relief treated in the dissertation. The codification of the injunction is discussed in the fourth chapter, in which general enforcement clauses of Brazilian civil procedure code will be treated in order to examine if they could be useful in other procedural civil codes of other systems as they are in Brazil. Finally and *de lege ferenda*, many proposals of legislative improvements at constitutional and civil procedure statutory level will be explained in the appendix of the dissertation.

Keywords: Neoconstitutionalism. Due process of law. Quia time injunction. Procedural general clauses.

RESUMEN

La presente disertación de maestría versa sobre la tutela jurisdiccional inhibitoria como remedio jurisdiccional contra el ilícito civil en la búsqueda del cuidado de la intangibilidad de los derechos fundamentales y materiales. Adopta tres perspectivas que sirven de hilo conductor para una nueva comprensión de la tutela jurisdiccional inhibitoria. El primer encuadramiento, presente en el capítulo II, es el constitucional manifestado en la perspectiva constitucional del proceso al cual es arribado luego de un rápido pero certero diagnostico de la antigua relación entre constitución y proceso. Ya en el capítulo III, se verificará la perspectiva dogmática-doctrinaria que trata exclusivamente de la tutela jurisdiccional inhibitoria y también de la fundamentación constitucional de este remedio. Al final de este capítulo podrán advertirse una serie de problemáticas actuales que impiden la materialización de esta tutela, al cual se le da solución desde una óptica crítica de algunos institutos procesales acuñados bajo un modelo procesal civil clásico. En el capítulo IV se tratará sobre la instrumentalización para la efectividad de la tutela jurisdiccional inhibitoria a través de la introducción en cualquier código procesal civil de reglas ejecutivas abiertas, las cuales permitan al juez mayor libertad al momento de elegir la medida ejecutiva para materializar y llevar a la realidad el derecho tutelado en el proceso. Todas estas tres orientaciones se verán positivadas en el Apéndice, en el cual se presentarán propuestas de reformas para pensar en una tutela jurisdiccional inhibitoria acorde al modelo estatal actual.

Palabras llave: Neoconstitucionalismo. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Tutela jurisdiccional inhibitoria. Cláusulas procesales abiertas.

RIASSUNTO

Lo scopo della presente dissertazione è lo studio della tutela giurisdizionale inibitoria come rimedio giurisdizionale contro l'illecito civile o atti contrari all'ordinamento giuridico. Questa tutela si svolge nella tentativo di tutelare tutti i diritti fondamentali e materiali spettando all'apparato giudiziario una protezione prima alla violazione di questi diritti per salvaguardare nel suo nucleo un valore costituzionale di inviolabilità e intangibilità. Sono adottati tre inquadramenti come strumento per arrivare ad una nuova comprensione della azione inibitoria. Così, nel primo inquadramento (cap. II) – *costituzionale* – si tratta sulla prospettiva costituzionale del processo o anche del *neoprocessualismo* con la pretesa di identificare una nuova relazione tra processo e costituzione non unica e anticamente caratterizzata per la definizione dei diritti fondamentali processuali come semplici garanzie ma come diritti immediatamente applicabili dal giudice per la modellazione –attraverso di clausole processuali aperte - di una struttura processuale guidata dal diritto materiale. L'inquadramento dogmatico-dottrinale appare nel terzo capitolo dove sarò trattata criticamente la torre di Babele concettuale sulla azione inibitoria ed anche sarà vista la problematica attuale della strumentalizzazione della stessa. Infine, nel cap. IV, l'inquadramento funzionale-metodologico permetterà la introduzione di una regola processuale aperta (misura esecutiva generale) nel codice di procedura civile peruviano per rendere effettiva la azione inibitoria e produrre tutti gli effetti desiderati (tutela specifica e adeguata) per l'utente di giustizia, essendo stata bandita l'autotutela.

Parole chiave: Neocostituzionalismo. Diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva. Azione inibitoria. Clausole processuali aperte.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 UMA LEITURA SOBRE A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO	20
2.1 SOBRE A <i>VELHA</i> RELAÇÃO ENTRE PROCESSO E CONSTITUIÇÃO.	20
2.1.1 Transição para a perspectiva constitucional do processo.....	24
2.1.1.1 <i>O neoconstitucionalismo aplicado ao processo civil: a aparição da perspectiva constitucional do processo.....</i>	<i>25</i>
2.1.1.2 <i>Elementos conformadores da perspectiva constitucional do processo.</i>	<i>26</i>
2.2 A EFICÁCIA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	30
2.2.1 Considerações iniciais.....	30
2.2.2 A eficácia normativa das normas constitucionais: aproximação doutrinária do constitucionalismo peruano.....	35
2.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA SUA MULTIFUNCIONALIDADE.	43
2.3.1 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais	44
2.3.2 Eficácia direta dos direitos fundamentais como mandados de otimização. A experiência constitucional comparada.....	48
2.4 DO DEVER DE TUTELA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À TEORIA DA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS	57
2.4.1 Por uma definição de tutela dos direitos	57
2.4.2 A aplicabilidade direta do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva	63
2.4.3 Técnica processual adequada e tutela jurisdicional dos direitos.....	69
2.4.4 Em torno da diferenciação entre tutela jurisdicional dos direitos e tutela jurisdicional <i>lato sensu</i>	71
2.5 O DIREITO DE AÇÃO E SUA CONFIGURAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA TUTELA ADEQUADA	73
2.5.1 Considerações preliminares	73
2.5.2 O direito fundamental de ação como direito a uma técnica adequada ao direito substancial.....	75
2.5.3 O papel do juiz perante a ausência normativa do direito de ação	81

2.6 O PROJETO – LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A ADOÇÃO DE UM MODELO PROCESSUAL DE TUTELA DOS DIREITOS	85
---	----

3 A TUTELA JURISDICIONAL DE PREVENÇÃO DO ILÍCITO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PERUANO89

3.1 O DESAFIO DA TUTELA INIBITÓRIA PERANTE A INSUFICIÊNCIA DE UM MODELO PROCESSUAL CIVIL CLÁSSICO	89
---	----

3.1.1 O modelo processual do Estado Liberal Clássico e o impacto do paradigma racionalista89

3.1.2 Incompatibilidade das categorias processuais clássicas de cara ao surgimento da tutela inibitória95

3.1.2.1 <i>Recensão e panorama atual da nulla executio sine titulo como princípio próprio do Estado Liberal clássico</i>	97
--	----

3.2 UMA FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TUTELA INIBITÓRIA	101
---	-----

3.2.1 Direito à tutela inibitória, tutela jurisdicional do direito e técnicas adequadas a viabilizar a ação inibitória101

3.2.2 Sobre o princípio constitucional de prevenção e o impacto na concepção clássica da jurisdição107

3.2.2.1 <i>Recensão do conceito clássico de jurisdição</i>	107
--	-----

3.2.2.2 <i>O princípio geral de prevenção como fundamento constitucional da tutela jurisdicional inibitória</i>	112
---	-----

3.3 A QUESTÃO DA TUTELA INIBITÓRIA COMO TUTELA CONTRA O ILÍCITO.....	119
--	-----

3.3.1 O ilícito como ato contrário ao direito como objeto da tutela jurisdicional inibitória. A sua problemática119

3.3.2 As diversas finalidades da tutela: do ilícito ao dano125

3.4 PANORAMA E PROBLEMÁTICA ATUAL EM TORNO DA TUTELA JURISDICIONAL INIBITÓRIA	127
---	-----

3.4.1 Da incompatibilidade do procedimento de cognição plena e exauriente para a tutela do ilícito civil. Os diferentes níveis de cognição na ação inibitória128

3.4.2 Sobre a urgente alteração da teoria probatória em face da ação inibitória132

3.4.3 A questão da eficácia *ultra partes* da sentença inibitória para a efetividade do provimento jurisdicional135

3.4.4 O perigo do efeito suspensivo da sentença na ação inibitória: quando a técnica processual sacrifica o direito material tutelado	138
<i>3.4.4.1 A supressão do efeito suspensivo da apelação e a execução provisória das sentenças</i>	<i>141</i>
4 FUNDAMENTOS PARA A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PERUANO	144
4.1 DA TÉCNICA LEGISLATIVA DO ESTADO LIBERAL CLÁSSICO À APARIÇÃO DOS TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS.....	144
4.1.1 Considerações introdutórias	144
4.2 O POSITIVISMO COMO CORRENTE JURÍDICA E FILOSÓFICA INERENTE AO ESTADO LIBERAL CLÁSSICO	147
4.2.1 Contextualização histórico-ideológica do Estado de Direito Liberal.....	147
4.2.2 Observação sobre o positivismo jurídico como decorrência do positivismo filosófico. Influência do iusracionalismo e iluminismo	154
4.2.3 O positivismo jurídico: breve <i>approach</i>	156
4.3 DINÂMICA DO DIREITO. A SUBSUNÇÃO E CONCREÇÃO COMO METODOLOGIA NORMATIVA	158
4.3.1 Aplicação do direito mediante o processo subsuntivo	158
4.3.2 Sobre a criação jurisprudencial do direito em Hart e Dworkin	161
4.4 A DICOTOMIA DAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS DE CODIFICAÇÃO E REGRAS GERAIS OU ABERTAS COMO FUNDAMENTO DA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO.....	165
4.4.1 Por um entendimento das cláusulas abertas: A pré-compreensão e concreção	170
4.5 O FENÔMENO DAS CLÁUSULAS PROCESSUAIS ABERTAS E O SEU IMPACTO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PERUANO	174
4.5.1 O artigo 461º do Código de Processo Civil Brasileiro como regra concretizadora do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva	174
4.5.2 Identificação da crise: Inexistência de regra executiva aberta concretizadora da tutela jurisdicional efetiva no processo civil peruano.....	180
4.5.3 ‘Medidas de execução indireta’ na legislação processual civil peruana.	186
5 CONCLUSÕES	193
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	200

Apêndice A: Proposta de reforma legislativa no direito peruano.....	214
--	------------

1 INTRODUÇÃO*

Alice: Would you tell me, please, which way I ought to go from here?
 The Cheshire Cat: That depends a good deal on where you want to get to.
 Alice: I don't much care where.
 The Cheshire Cat: Then it doesn't much matter which way you go.
 Alice: ...So long as I get anywhere.
 The Cheshire Cat: Oh, you're sure to do that, if only you walk long enough.

(Lewis Carroll. Alice in Wonderland).

Não seria exagerado nem deslocado trazer o famoso diálogo entre Alice e o gato de Cheshire para o âmbito do direito e especificamente para os domínios do direito processual civil.

A vagueza deste caminho e, ainda pior, o volátil destino a que aspiramos chegar, colocam o operador jurídico preocupado com o processo civil em um panorama como o retratado nesse diálogo de Lewis Carroll na célebre obra *Alice no país das maravilhas*, isto é, em um pleno desconhecimento do norte ou caminho que devemos tomar atualmente no momento de estudar, refletir e ver o que há mais além do processo civil classicamente concebido.

Se é verdade que o decorrer histórico do processo civil legou-nos três etapas metodológicas ou *microparadigmas*¹, atualmente é tempo para o processualista refletir e praticar um *reality check* com o intuito de descobrir os caminhos que a ciência do seu culto irá percorrer daqui para frente, isto é, um sincero questionamento do *onde nós estamos e onde nós iremos*².

No que tange ao desenvolvimento da nossa 'ciência', temos sido mudos testemunhas das três revoluções científicas que, sem a menor dúvida, impactaram na forma de entender e construir o processo civil. A luta pela paternidade da definição desses três momentos conduziu-nos a entendê-los como *a evolução*

* A presente dissertação, embora tenha como uma das suas linhas metodológicas o uso da comparação doutrinária, legislativa e jurisprudencial do direito processual civil brasileiro, italiano, alemão, português, inglês, estadunidense do ordenamento peruano, não constitui um trabalho de comparação. Assim, a dissertação visa extrair problemas, verificá-las no direito peruano, criticar, reconstruir teses e elaborar uma nova leitura sobre a tutela inibitória e a sua efetivação, para, finalmente, verter esses fundamentos em prospectivos projetos de reforma em qualquer ordenamento jurídico autoproclamado interessado com a tutela dos direitos e a sua efetivação.

¹ Sobre as mudanças paradigmáticas nas ciências exatas e inclusive nas ciências sociais e para o conceito de paradigma, V. KUHN, Thomas. **La estructura de las revoluciones científicas**. Trad. de Carlos Solís. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006. P. 149.

² Para um retrato da situação atual e o futuro desenvolvimento do direito e do processo, V. MONROY GÁLVEZ, Juan. Globalización, Derecho y Proceso. IN: **Revista Peruana de Derecho Procesal**. Vol. XIV. Ano XIII. Lima: Communitas, 2010. P. 193.

histórica do processo, as etapas metodológicas do processo e, atualmente, propomos compreendê-los como *microparadigmas processuais*, seguindo a teoria de Tomas Kuhn.

Com efeito, qualquer estudioso ou operador jurídico interessado no processo civil advertiria que esses três microparadigmas manifestaram-se: i) no sincretismo; ii) na perspectiva científica do processo; e iii) no instrumentalismo. Dentro desses três microparadigmas, o paradigma filosófico racionalista de cunho pré e pós-revolucionário foi o fator determinante que modelou e decidiu por nós o caminho e escopo do processo civil. Assim, esse paradigma teve o condão de ser uma ideologia totalizadora e garantidora do *status quo* dos últimos séculos, pois não lhe bastou apenas definir o destino do processo civil, mas também do direito como uma unidade. Essa profunda – e duradoura – marca reflete-se hoje como um obstáculo do qual muitos sistemas e inclusive doutrinas ainda não conseguiram se libertarem.

No entanto, na década de setenta, o florentino Mauro Cappelletti, timoneiro do movimento do acesso à justiça, chamou a atenção da comunidade jurídica para o fato que o processo civil deveria se adequar e se adaptar de forma estreita à natureza particular do seu objeto e da sua finalidade, isto é, a própria natureza do direito substancial e a finalidade da tutela dos institutos deste direito substancial³.

Ora, continuar pensando o processo como mero rito ou cultuar o procedimento pelo procedimento sem olhar a sociedade revelaria o processo como uma ciência que fagocita a pretensão da tutela do consumidor de justiça por cultuar a ferramenta como um fim e não como instrumento para atingir uma finalidade, qual seja, a tutela jurisdicional dos direitos.

A raiz da nova teorização realizada na Europa, especificamente na Itália, aceitou-se, como tentativa de resposta às novas necessidades sociais, a circular interdependência do direito processual com o direito material. É assim que por meio do instrumentalismo fornecido ao processo, este obteve as técnicas e ideologias com as quais a pós-modernidade apregoada por Grossi⁴ influenciou o processo civil.

³ CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideologías, Sociedad**. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1974. P. 5.

⁴ Quem na sua *prolusione* na Università di Ferrara, intitulada *il novecento giuridico*, afirmou que o jurista pós-moderno não deve olhar mais para a relação Estado-indivíduo, mas para a relação Estado-sociedade, pois é a sociedade que é ordenada pelo direito e tem no juiz o primeiro operador da auto-regulamentação social. Cfr. GROSSI, Paolo. **Introduzione al novecento giuridico**. Roma: Laterza, 2012 e; GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 2004.

Pois bem, durante os anos de amadurecimento do processo civil, fomos obrigados a continuar estudando o processo como ciência para posteriormente entender o instrumentalismo e resgatar o melhor desses movimentos e, com eles, o que os seus ideólogos nos forneceram. Contudo, o direito processual civil evoluiu para se autoatribuir aspetos renovados e não se contentar simplesmente com a tutela do direito material sem considerar a Constituição. Daí que em magnífica escrita de Calmon de Passos seja evidente que nem Cappelletti, Denti ou Proto Pisani tenham idealizado as soluções com vistas a perpetuá-las e utilizá-las inclusive na contemporaneidade⁵.

Com essas coordenadas, foi necessário inaugurar um quarto *microparadigma*. Assim, a perspectiva constitucional do processo erigiu-se como derivação do neoconstitucionalismo, ou do direito constitucional aplicado ao processo civil, para permitir que este último obtivesse legitimidade como ferramenta para a proteção dos valores inseridos na Constituição e como instrumento protetor e concretizador dos direitos fundamentais mediante a função jurisdicional.

No segundo capítulo desta dissertação, introduz-se o estudo do processo civil sob a lente da Constituição na tentativa de entendê-lo como ferramenta para a tutela tanto dos direitos fundamentais quanto dos direitos substanciais. Estudar-se-á a Constituição como norma e não como mero documento para, a partir disso, entender que as normas e os direitos fundamentais reconhecidos na Lei Maior têm eficácia direta ao poder público, incumbindo-o do desenvolvimento e da tutela desses direitos. Rever-se-á a relação entre processo e constituição visando fornecer-lhe outro conteúdo que vá mais além da simples exposição de garantias processuais, pois considera-se que esta relação caracteriza-se, precipuamente, por permitir a concreção dos direitos fundamentais materiais e processuais.

Ademais, no segundo capítulo, tratar-se-á sobre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e a distinção entre tutela jurisdicional dos direitos e técnicas processuais para, posteriormente, redefinir o direito fundamental de ação como direito à pré-ordenação normativa de técnicas e procedimentos que permitam a outorga de uma tutela adequada ao direito material. Finalmente, serão esboçadas considerações sobre o futuro novo Código de Processo Civil e a oportunidade para inserir a teoria da tutela dos direitos neste novo diploma processual. Desse modo, o

⁵ Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**. Salvador: JusPodium. 2012. P. 68.

leitmotiv do segundo capítulo é introduzir uma orientação constitucional ao tema principal que incumbe a nossa pesquisa, isto é, a tutela preventiva dos direitos.

No tocante à tutela inibitória, como núcleo da dissertação ora apresentada, ver-se-á no terceiro capítulo o desenvolvimento teórico relativo a este instituto. Inicialmente serão tecidas considerações relativas ao desafio da tutela inibitória perante a insuficiência de um modelo processual civil clássico e inidôneo para a tutela preventiva dos direitos. Serão visitados institutos processuais teorizados sob o lume do racionalismo que impedem a teorização e regulamentação desta tutela para, posteriormente, criticá-los e tentar acomodá-los a uma nova teoria processual que esteja compromissada com a proteção jurisdicional da inviolabilidade dos direitos. Em seguida, serão tratados os fundamentos constitucionais da tutela jurisdicional inibitória e a existência – *ou não* – de um princípio geral de prevenção no direito brasileiro, italiano e peruano. Ademais, não se pode deixar de revisar aprofundadamente o conceito de ilicitude – *como objeto da sua tutela* –, da desnecessidade do dano na tutela inibitória e da exoneração do regime de responsabilidade civil em se tratando de prevenção do ilícito.

Finalmente, discorrer-se-á sobre a nova problemática em torno da tutela jurisdicional inibitória identificando a inaptidão de certas técnicas processuais atualmente reguladas e adequando-as para permitir que a própria técnica processual não sacrifique o direito material tutelado jurisdicionalmente por meio da ação inibitória. O terceiro capítulo, como visto, responde a uma perspectiva dogmática da tutela inibitória.

No quarto capítulo, ingressar-se-á ao que denominamos de etapa metodológico-funcional da tutela inibitória, representada pela necessidade de instituir uma cláusula geral processual que entregue ao juiz amplos poderes de execução para outorgar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, corolários de uma tutela jurisdicional inibitória. Acredita-se que com a instituição de uma regra executiva aberta que viabilize o cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer (*tutela inibitória positiva ou negativa*), colocando para tal intuito uma série de medidas executivas adequadas ao direito material, pode se permitir a instrumentalização da tutela inibitória em qualquer ordenamento processual preocupado com o cuidado da intangibilidade dos direitos. Com o propósito de instituir medidas no processo civil peruano que permitam o específico cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer visando prevenir uma atividade ilícita ou retirar

os seus efeitos deflagrados pela sua ocorrência, visitar-se-á previamente a teoria geral do direito para compreender a técnica legislativa do Estado liberal Clássico para, posteriormente, introduzir a técnica legislativa das cláusulas abertas como manifestação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva que viabilize uma maior plasticidade das normas de execução processual. Essa preocupação manifestada no quarto capítulo responde a dois motivos: primeiro, desmitificar qualquer teoria exagerada que relacione o processo civil com o autoritarismo, em caso de serem dados ao juiz amplos poderes executivos para concretizar a tutela prometida pelo Estado e; segundo, propor a introdução de uma regra executiva geral no CPC peruano de 1993 dada a manifesta inexistência de regra de execução das obrigações de fazer ou não fazer.

Por fim, no apêndice A da dissertação são expostos todos os fundamentos que podem ser extraídos dos três capítulos precedentes. Assim, de *lege ferenda*, propor-se-ão introduções e modificações normativas tanto na Constituição Política do Peru de 1993 quanto no Código Processual Civil peruano do mesmo ano.

Em relação à Constituição peruana, estamos cientes da necessidade de introdução de um princípio que defina a direta e imediata aplicação dos direitos fundamentais, tal qual amparado nas Constituições do Brasil de 1988, da Alemanha de 1949, da Espanha de 1979, de Portugal de 1976, do Equador do ano 2008 e também do Uruguai de 1997.

No que concerne ao Código Processual Civil, várias propostas de reformas devem ser feitas. Primeiro, ao longo do terceiro capítulo, mostra-se a necessidade da introdução de um procedimento especial que abrace a ação inibitória, pois atrelá-la ao procedimento comum e ordinário constitui uma contradição em termos de cognição do próprio objeto da tutela inibitória, isto é, o ilícito. Em paralelo a tal procedimento especial, devem ser introduzidas regras processuais que permitam tutelar jurisdicionalmente o ilícito e, para tal finalidade, será preciso flexibilizar regras processuais em termos de teoria probatória, da eficácia *ultra partes* da sentença e do efeito suspensivo do recurso de apelação, assim como a execução provisória que vem amalgamada à supressão do efeito suspensivo nas ações inibitórias.

É o desiderato do estudo agora apresentado à comunidade jurídica permitir a discussão e o debate em torno à socialização do processo partindo principalmente da sua observação através da lente da Constituição dado que, se não for levado em consideração esta perspectiva constitucional, pouco ou nada poderia ser

desenvolvido em relação à teorização da tutela jurisdicional inibitória. Pretende-se, igualmente, provocar a reflexão sobre um novo modelo processual distante daquele imposto pelo legislador do Estado Legalista e dar lugar a um processo aberto às particularidades dos direitos fundamentais e materiais, pois é o mínimo indispensável exigido de um Estado que colocou o processo em substituição a uma justiça inicialmente materializada pela própria mão.

2 UMA LEITUARA SOBRE A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

2.1 SOBRE A *VELHA* RELAÇÃO ENTRE PROCESSO E CONSTITUIÇÃO⁶.

O estudo contemporâneo do direito processual civil – *desde fora do processo civil* - sempre tem se preocupado em estender uma ponte de comunicação entre o processo e a Constituição. Como é evidente, nenhum ramo do direito poderia

⁶ Qualificamos de *velha* a relação existente entre o processo e Constituição por um singelo motivo: os principais estudos que produziram a gema dos processualistas contemporâneos, influenciados pela doutrina processualista da década de setenta, encontraram-se apaixonados pelo culto dos direitos fundamentais processuais em sendo meras e simples garantias. Isto é, consagração de garantias constitucionais que impedião o próprio Estado de abusar dos cidadãos e dos seus direitos. Não obstante, é necessário salientar que na clássica *Teoria Geral do Processo* da triada de professores Ada Pellegrini, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Dinamarco, está retratada a relação entre processo e constituição da seguinte forma: “Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade. Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários. Afirmam os professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que o direito processual constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo [...]. A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência, **suas garantias**” (grifo nosso). Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84-85. Qual a importância de citar textualmente a introdução daquilo que a triada de professores chama de relação entre processo e Constituição? Após a profunda e atualizada leitura do trecho *supra* citado, resulta evidente inexistir qualquer preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais materiais e processuais sobre o processo civil contemporâneo. Pelo contrário, existe a tendência de continuar relacionando o processo com a Constituição como mera relação de enunciação programática e declarativa de garantias do devido processo que se opõem diante de qualquer abuso por parte do Estado. O paradoxo pode ser encontrando no fato que inclusive os doutrinadores teorizando o respeito e utilização de *garantias* processuais, eles não reparam que esta aplicabilidade ou oponibilidade das garantias ante qualquer abuso irradiava-se da eficácia normativa do texto constitucional e das suas normas, deixando de ser, destarte, um mero catálogo de normas organizacionais. Em verdade, acreditamos que o tratamento das *garantias* constitucionais processuais deve partir do estudo delas como direitos fundamentais e não simples garantias. A partir da toma de consciência para o uso do termo ‘direito fundamental’, o tema da sua eficácia e aplicabilidade não poderá passar despercebido. Sem nenhuma dúvida, se o processualista moderno, dos anos setenta, não reparou: i) na qualificação das *garantias constitucionais* com verdadeiros direitos fundamentais e, se adicionado a isso, ii) não se deteve a pensar na metodologia da aplicação das normas constitucionais continentes dos direitos fundamentais, isso revela inexistente consciência da força normativa da Constituição. Vale mencionar que a primeira edição da obra *supra* citada dos processualistas paulistas viu o lume no ano 1974, sendo muito anterior à promulgação da Constituição de 1988. Contudo, se na edição de 2012 ainda não se reparou ou tratou da eficácia normativa da Constituição e dos direitos fundamentais, então esquece-se imperdoavelmente da inovação mais significativa no constitucionalismo brasileiro e latino-americano, qual seja a introdução do art. 5º, inc. I afirmando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos. Assim, sugerimos realizar uma acomodação da relação entre processo e Constituição tendo como intuito evidenciar a eficácia dos direitos fundamentais processuais sobre o ordenamento jurídico em sua totalidade. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66.

ser operado e produzir efeitos no mundo real desconsiderando a força normativa da Constituição e, sobretudo, as garantias constitucionais que envolvem e dão forma às diversas faces do fenômeno jurídico, isto é, a cada um e todo ramo do direito. Fato é que a constitucionalização do direito processual constitui-se em empreitada iniciada nos anos setenta, com os ensinamentos de Mauro Cappelletti, Nicolò Trocker e Vittorio Denti, processualistas italianos que entenderam que o *microparadigma* processual *cientificista* tinha alcançado um ponto em que precisava ser desconstruído para ser reconstruído à luz do direito material e da Lei Fundamental. Assim, apresentaram-nos com uma proposta de ver o processo como *instrumento* que não se cultua e tutela ele mesmo e nem continua aderido aos *castelos conceituais*, mas se preocupa agora com a efetivação do direito material e a interdependência existente entre o direito e o processo.

Pois bem, aquela instrumentalidade apregoada pelos mestres italianos de meados do século passado vinha acompanhada por uma necessidade de *constitucionalizar* o processo civil, de torná-lo acessível.

Esse fenômeno, que a nosso ver constitui feição nuclear do processo civil contemporâneo, caracterizou-se por apresentar duas dimensões⁷; quanto à primeira, existe uma incorporação aos textos constitucionais de normas processuais como direitos de participação e ao procedimento com base principalmente *prestacional* por parte do Estado. Da mesma forma, diversos países contrairam obrigações por meio de instrumentos bilaterais ou multilaterais, reafirmando o respeito ao devido processo. Servem como exemplo de tal contexto a Convenção Europeia de Direitos do Homem e também o Pacto de São José de Costa Rica. Frise-se que tal *constitucionalização do processo* elevou certos direitos a um patamar de intangibilidade e proibição de retrocesso para os direitos – neste caso, processuais – que agora passaram a gozar do adjetivo *fundamental*. Contudo, devemos identificar que nesta primeira dimensão, fala-se de processo constitucional como instrumento revestido de garantias constitucionais que asseguravam ao cidadão o cuidado destes direitos participativos dentro do processo. A segunda dimensão deste processo de constitucionalização convida-nos a entender as normas processuais infraconstitucionais como dispositivos que concretizarão as disposições constitucionais com o intuito de encontrar alguma *eficácia* no direito fundamental à

⁷ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 12. ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 28-29.

tutela jurisdicional efetiva. Trata-se de refletir sobre a tutela normativa que o legislador fornece ao direito à tutela jurisdicional.

Em resumo, a primeira *fase da constitucionalização do processo* foi uma fase matizada pelo tom *garantista* que a norma fundamental atribuía aos direitos processuais. Ressalve-se que, como toda garantia, a sua precípua função tinha a ver com a proteção do cidadão perante o Estado, impossibilitando-o de interferir na esfera privada do cidadão⁸. Ou seja, constitucionalização de direitos processuais para constituir uma *defesa* diante do Estado e dos possíveis desvios de poder, quer ao acessar à justiça, quer uma vez iniciado o processo⁹.

Por outro lado, referindo-nos à segunda dimensão da constitucionalização do processo ou, do aqui definido quarto microparadigma processual – *a perspectiva constitucional do processo* –, trata-se de tema que vem sendo pesquisado e desenvolvido há pouco tempo. Realmente não nos enganamos ao dizer que o constitucionalismo recentemente tem se interessado pelo estudo do processo, tendo como pacífica que a relação do processo e a Constituição não se esgota simplesmente na afirmação de que o processo deve contar com garantias mínimas que são abraçadas pelas diversas Constituições. Em verdade, aprofundar nisso seria repetir o que já se tem dito alhures, no que tange ao tema dos princípios

⁸ Ao respeito, o ilustre professor Canotilho afirma que *rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas caráter instrumental de protecção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para a defesa dos direitos, princípios do nullum crime sine lege e nulla poena sine crimen, direito de habeas corpus, principio non bis in idem)*. Cf. CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 274,396.

⁹ É eloquente que a qualificação do direito fundamental à tutela jurisdicional como mera garantia coloca-o em uma postura de simples fundamento por meio do qual o Estado não pode se exceder ao extremo de cometer algum abuso ou violação deste direito. Utilizar a terminologia 'garantia' em verdade esvazia de eficácia normativa esse direito fundamental. Veja-se que o processualista Picó i Junoy salienta que, após a Segunda Grande Guerra, iniciou-se um processo de constitucionalização dos direitos fundamentais que importasse uma *tutela das garantias mínimas que deveria reunir todo processo jurisdicional. Pretendeu-se com isso evitar que o futuro legislador desconhecisse ou violasse tais direitos*. Cf. PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J.M. Bosch Editores, 1997. p. 17. Em verdade, a premissa medular do livro citado parte da ideia de que o direito à tutela jurisdicional efetiva, estabelecido no art. 24 da Constituição Espanhola, é uma *garantia mínima* que permite que o Estado não violente este direito. Sem embargo, o autor espanhol fracassa ao se referir a qualquer eficácia normativa desta mal chamada *garantia* e lamentavelmente não anuncia se esta violação a essa garantia se configura pelo abuso do legislador ou juiz, mas não pela ausência de regra infraconstitucional que viabilize ou efetive esta tutela jurisdicional prestada ao direito material. Assim, tristemente, para quem continue acreditando que a tutela jurisdicional efetiva é garantia de algo e não direito que exija do Estado um *fazer*, será equiparável a dizer que esta garantia unicamente aparece quando se comete uma violação ao direito servindo, portanto, como simples oposição ao Estado.

constitucionais do processo nas Cartas fundamentais com a finalização da Segunda Grande Guerra¹⁰.

Em terrenos brasileiros, para Daniel Sarmento, esta atual preocupação sobre a eficácia normativa da Constituição após a promulgação da Constituição Federal de 1988 parece uma obviedade, pois era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependia quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas dos direitos contidas na Carta de 1988, promovendo justiça, igualdade e liberdade¹¹. Pois bem, tem-se evidente prova de que, inclusive após a promulgação da Constituição de 1988 e ao amparo do art. 5º inc. I do Texto Fundamental, os posteriores estudos de direito processual e a já famosa relação entre processo e Constituição, ainda não observavam a eficácia imediata e vinculação direta de todos os direitos fundamentais materiais e processuais¹².

Finalmente, afirmamos que na atualidade não contribui muito – e ao contrário, piora o cenário – tomar os direitos fundamentais processuais como meras garantias. Acompanhamos o entender de Lima Guerra no sentido de indicar que o uso de terminologias como garantias ou princípios pode ter o inconveniente de preservar aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas a direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas,

¹⁰ O processualista barcelonês afirma que *com a promulgação da Constituição Espanhola de 1978, o direito processual espanhol incorporou-se ao movimento da 'constitucionalização' de certos direitos e princípios processuais, tomados como direitos fundamentais dos cidadãos. Tal constitucionalização é uma das notas relevantes que caracterizam o direito processual europeu a partir da finalização da Segunda Grande Guerra e consiste na especial proteção que é concedida a esses direitos fundamentais, não unicamente no plano processual, mas também no plano constitucional.* Cf. VALLESPÍN PEREZ, David. Los nuevos retos del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. **Cuaderno de Ponencias de las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal**. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2008. p. 85.

¹¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodium, 2007. p. 31-32.

¹² Daí que na conhecida obra da triada de professores processualistas autores da Teoria Geral do Processo, com vinte e oito edições ao ano 2012, ainda não se tenha reformulado esta nova relação entre processo e constituição; relação que, acreditamos, deve passar pelo estudo da eficácia normativa da constituição e do direito fundamental à tutela jurisdiccional efetiva. Essa tomada de consciência deste novo valor é o que marcará o ingresso na perspectiva constitucional do processo, deixando momentaneamente de lado o inerte estudo das *garantias* processuais.

em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões por 'direitos fundamentais'; de modo a deixar explicitada a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais¹³.

Por fim, por não nos parecer apropriada a equiparação de direitos fundamentais a simples garantias¹⁴, é que propomos a unificação de terminologias em 'direitos fundamentais' para extrair deles a sua total capacidade eficaz e prestigiar a própria força normativa da Constituição e uma nova relação metodológica e teórica do que é conhecido – até agora – como processo e Constituição.

2.1.1 Transição para a perspectiva constitucional do processo

Superada aquela condensação metodológica e sistêmica dos princípios constitucionais do processo, chamado também direito processual constitucional, cabe refletir sobre o trânsito da mera tutela constitucional do processo civil pelo emaranhado de princípios contidos na Constituição sobre o tema da eficácia, aplicabilidade e concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Como já se afigura óbvio, no desenvolver deste capítulo, não refletiremos sobre as garantias e os princípios constitucionais do processo, por ser um tema pacífico na doutrina e porque certamente fugiria do nosso âmbito de estudo. Pelo contrário, teceremos considerações sobre o que devemos entender por *perspectiva constitucional do processo* e quais os impactos que têm os direitos fundamentais *no seu espectro material ou procedimental* dentro do processo civil. Pretende-se, dessa forma, não recair na inércia e repetição que envolveriam um discurso sobre as garantias processuais, pois significaria falar sobre uma relação *estática* entre processo e Constituição. A nossa tentativa é de *dinamizar* a relação indisfarçável entre processo e Constituição tratando de algo que nem a doutrina e legislação

¹³ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 100. Sirva tal referência para indicar unicamente a necessidade de mudar de terminologia e passar de *garantias* a *direitos fundamentais* dado que não comungamos com o entender do professor quando afirma que os princípios não possuem eficácia normativa, quando em verdade eles o têm.

¹⁴ E com semelhante tentativa, pretendemos ultrapassar qualquer pretensão de mera observância dos direitos fundamentais processuais como formas de oposição (ou defesa) perante o Estado.

soube reconhecer, por causa de fatores estritamente históricos e ideológicos, isto é, a eficácia dos direitos fundamentais processuais¹⁵.

2.1.1.1 O neoconstitucionalismo aplicado ao processo civil: a aparição da perspectiva constitucional do processo.

Impossível deixar de lado o impacto do pensamento constitucional contemporâneo e a maneira como este tem se irradiado no processo civil para a inauguração da perspectiva constitucional do processo ou do também chamado *neoprocessualismo*.

Como o direito alimenta-se da cultura, sociedade e bebe da fonte da interdisciplinaridade, entende-se previsível que o direito processual também cresça e mude ao sabor da transformação da sociedade e do direito em geral. Tem-se teorizado que embora as antigas e velhas concepções processuais tenham ajudado à ciência de Chiovenda a revesti-la de autonomia e cientificidade, estas noções, vale afirmar, levaram-nos – e ainda nos levam – ao entendimento responsável do fenômeno processual mediante a explicação dos seus institutos e técnicas. Contudo, graças ao fato de que o processo evolui traspassando o microparadigma do *instrumentalismo* e sendo que a ciência jurídica tem presenciado a evolução do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo, não podemos omitir visitar criticamente os principais matizes desta evolução que darão conteúdo à perspectiva constitucional do processo.

Marinoni tem afirmado que o Estado Legislativo passou a ser um Estado Constitucional em vista de que se aceitou a dissolução da lei genérica e abstrata. Assim, no Estado Legislativo dominado pela ideologia jus-filosófica positivista, era comum afirmar que a lei sobrepunha-se à Constituição, tornando a Lei fundamental em mero documento de normas programáticas e de organização do aparato estatal¹⁶. Como o Estado Legislativo tinha se forjado após a Revolução Francesa, era intuito do constituinte francês plasmar na Constituição e demais leis aquela ideologia sintetizada no lema *égalité, liberté e fraternité*. Este novo matiz da lei tinha o condão de homogeneizar a todos os cidadãos produto da derrota do *ancien regime*

¹⁵ Para a averiguação das razões históricas que impossibilitaram a eficácia normativa da Constituição, ver subitem 2.2.2.

¹⁶ Para um tratamento aprofundado do positivismo jurídico, ver amplamente o Capítulo IV.

que trouxe consigo uma forma de governo em que existiam gritantes tratos diferenciados entre a nobreza, os senhores feudais e os vassalos. Com a Revolução Francesa a burguesia nascente tentou e conseguiu implantar na Constituição e nas leis a ideia de igualdade formal dos homens.

Tal fato repercutiu negativamente na função da jurisdição e da tarefa encomendada ao juiz, pois, ao ser agora um *bouche de la loi*, estava impedido de dar interpretação às leis de forma que considerasse as desigualdades ou particularidades dos sujeitos, suas necessidades e, também, seus direitos diferenciados. O processo tornou-se, destarte, em um aparato de injustiça ao aplicar a lei abstrata e igual para todos sem a atividade intelectual do juiz, marca inconfundível do positivismo clássico que impregnou a ideologia e metodologia jurídica do Estado Legislativo.

Diante desse contexto e com o passar do tempo e a aparição de novas exigências sociais, o Estado aprendeu a transcender sua própria característica *legalista* para entender que existiam outras fontes de criação do direito além da lei. Com o fenômeno do pluralismo na sociedade, o que implicava uma diversidade de sujeitos de direitos assim, como necessidades, interesses e, logicamente, variedade de direitos, a lei não poderia ser mais cultuada como *fetich*e que impusera essa igualdade formal a toda a sociedade¹⁷. Pontos de erupção são identificados nos grupos sociais que exigem do Estado mais do que um simples reconhecimento. Agora, requerem-se normas que contemplem as peculiaridades de cada grupo social, étnico e etc. e ademais, normas que permitam uma flexibilidade *interpretativa*.

2.1.1.2 Elementos conformadores da perspectiva constitucional do processo

Considerando a mutação do Estado Legislativo em Estado Constitucional e sendo que, em verdade, um modelo estatal determina diretamente o modelo processual que será introduzido no aparato estatal, faz-se imperativo reconhecer os principais valores que inspiram o neoconstitucionalismo e, por empréstimo, a perspectiva constitucional do processo.

¹⁷ É a lição de Luiz Guilherme Marinoni ao indicar que “a teoria do processo é marcada pela noção de Estado própria de um determinado momento histórico. A teoria do processo tem como seu instituto fundamental a jurisdição, a jurisdição e os demais institutos fundamentais do processo retiram a sua cor da noção de Estado. Daí a importância da teoria geral do Estado para o correto desenho dos institutos processuais”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 17-18.

Diga-se, primeiramente, que existe um *reconhecimento da força normativa da Constituição*. Tal valor obrigará que o sistema jurídico seja impactado pelos efeitos da Constituição como norma com eficácia imediata e, por vezes, independente de qualquer *interventio legislatoris*. Frise-se, não obstante, que esse valor supera a simples afirmação da existência de garantias processuais amparadas na Carta Magna, para agora ser entendida como direitos fundamentais com eficácia direta aos órgãos públicos e sem a necessidade de densificação normativa infraconstitucional em alguns casos. Acrescente-se que com o reconhecimento da Constituição como uma norma aplicável, encerra a ideia de que ela simplesmente é um grupo de normas organizacionais e um catálogo de boas intenções.

Em paralelo, desenvolve-se uma *teoria dos princípios* considerados como espécies normativas que gozam de aplicação imediata e, por decorrência, de eficácia normativa. Assim, já é conhecida a principal função dos princípios como valores de integração das normas infraconstitucionais despojando a simples lei da supremacia que lhe permitia se antepor à própria Lei Fundamental. A atual priorização dos princípios constitucionais ou infraconstitucionais sobre a lei genérica permite identificar que é a lei que exige ser vista com a lente da Constituição. Vejamos: comprova-se a eficácia normativa dos princípios mediante a materialização da sua precípua finalidade, isto é, a integração do sistema jurídico em caso de vazio normativo ou antinomia¹⁸.

Como terceiro elemento caracterizador do neoconstitucionalismo, ‘descobre-se’ a nova função do juiz como agente de produção jurídica, permitindo-lhe lançar mão da hermenêutica jurídica e da interpretação dos textos normativos a fim de retirar uma norma a ser utilizada no caso concreto. Essa função do juiz fundamenta a função jurisdicional como atividade criativa e não mais como mera afirmação ou repetição do direito pré-fixado na lei genérica e abstrata. Ora, se o juiz pode realizar uma atividade intelectual pela qual interpretará o texto normativo com mera intenção tutelar dos direitos levados ao processo, é possível assinalar que a lei não é mais aquela entidade inerte e inapta de ser interpretada ou de ser atribuída com algum outro significado dependendo do raciocínio jurisdicional. Basta identificar que o juiz agora trabalha com o texto normativo, exprimindo uma norma jurídica que tutela o

¹⁸ Aludindo aos princípios processuais como instrumentos para integrar o ordenamento processual em caso de vazio. MONROY GÁLVEZ, Juan. **Introducción al proceso civil**. Bogotá: Temis, 1996. p. 80.

caso concreto para revelar que o positivismo clássico e esclerosante inerente à função jurisdicional foi amplamente superado¹⁹. Considere-se que é pela criação jurisprudencial do direito que é entregue ao juiz o poder de realizar transformações na estrutura estatal e inclusive poder de recriar o direito com o intuito de impedir um sistema jurídico corrompido e ideologias que possam afetar negativamente ao modelo estatal. Wiethölter adverte, de forma esclarecedora, que para evitar um Estado contaminado, ou com um fascismo capitalista burguês ou com um socialismo stalinista, o direito também é ato de criação²⁰, e acrescentamos que tal criação não necessariamente parte da fonte primária do direito, que é a lei, mas também do próprio poder criador do juiz que, como seu homólogo do *common law*, inclusive tem o poder de criar efetivamente direito mediante o uso da *equity*.

Finalmente, o constitucionalismo trouxe no campo do processo civil a consagração da eficácia dos direitos fundamentais. Eis onde reside a transcendência do *paradigma instrumentalista* ao *paradigma da perspectiva constitucional do processo*. Pode-se dizer, assim, que a mera contemplação dos direitos fundamentais, inicialmente tidos como garantias contra o Estado, despiram-se das vestes de simples normas constitucionais programáticas para tomar forma de normas de aplicabilidade direta, mas não mais para impedir um *fazer* do Estado – *caráter garantista* – muito pelo contrário, a natureza *prestacional* do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, junto com o direito fundamental de ação, permitirá ao titular do direito fundamental – e potencial jurisdicionado – exigir do legislador uma tutela normativa que possibilite concretizar a tutela jurisdicional efetiva pela outorga de normas que instituem técnicas processuais e procedimentos conformes ao direito material. Assim, e desde que o legislador omita a tutela normativa dos direitos fundamentais materiais ou processuais, caberá ao juiz responder pela tutela jurisdicional, inclusive pelo próprio direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, seja por meio do poder de adequação do procedimento, seja mediante a utilização de cláusulas processuais abertas que lhe permitam uma latitude de poder criativo de alguma técnica ou procedimento não tutelado normativamente pelo parlamentar. Vale notar, que a ausência de iniciativa legislativa do congresso em instituir uma proteção normativa dos direitos fundamentais, não

¹⁹ Para a conformação da lei e do sentido da criação da norma jurídica pelo juiz para o caso concreto. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. I. 6. ed. São Paulo: RT, 2012a. p. 100-101.

²⁰ WIETHÖLTER, Rudolf. **Le formule magiche della scienza giuridica**. Roma: Laterza, 1975. p. 4.

pode ser ignorada pelo juiz, devendo-se dele uma tutela jurisdicional do direito fundamental material ou processual – ambos não tutelados normativamente na legislação infraconstitucional.

Em verdade, com a tomada de consciência da perspectiva constitucional do processo o que se pretende é atribuir ao juiz certa responsabilidade no exato momento de situar-se diante de um direito que não tenha sido revestido por uma tutela normativa previamente. É o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e sua direta aplicabilidade que obrigarão o juiz a prestar uma tutela jurisdicional plena do direito material confiado ao processo, mediante uma técnica adequada e instrumentos ou procedimentos apropriados às particularidades desta situação jurídica confiada ao processo.

Recapitulando, a perspectiva constitucional do processo nutre-se dos elementos que caracterizam o *neoconstitucionalismo*. Diga-se, adicionalmente, que este novo microparadigma processual requer a superação do anterior microparadigma, do instrumentalismo processual, pois, como temos visto, não estaria completa aquela interdisciplinaridade entre o direito material e o processo sem termos em vista a eficácia dos direitos fundamentais processuais. De nada serviria conscientizar a doutrina e jurisprudência sobre a adequação do processo ao direito material sem refletir previamente sobre o fundamento disto, qual seja, a eficácia do direito à tutela jurisdicional efetiva e a necessidade de pensar o direito de ação como direito a uma técnica processual idônea e medidas executivas específicas e abertas, deixando de lado alguma acirrada ideologia que pretenda ligar o juiz ao legislador e impedi-lo de modular o texto normativo²¹. Ressalve-se, contudo, que ao pensar em *perspectiva constitucional do processo* não pretendemos excluir o *instrumentalismo* próprio do direito processual civil em relação ao direito material. Aprofundando a premissa anterior, a transcendência apoia-se no fato que, tendo a vista que o instrumentalismo corresponde ainda a um Estado Legalista, o juiz dificilmente poderia utilizar os elementos do neoconstitucionalismo, pois estes ainda não se revestem de importância no Estado Legalista. Pelo contrário, como consequência da influência do neoconstitucionalismo nos domínios do processo civil, o juiz será um agente de poder não exclusiva e excludentemente preocupado com a

²¹ Nesse sentido, Marinoni indica que ainda no *civil law* inexistente empenho em dar uma nova significação à função judicial. Assim, devemos entender que no Estado constitucional o juiz não pode ser mais visto como servo do legislador. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011a. p. 71.

realização do direito material, mas, sobretudo, preencherá ou aperfeiçoará o próprio instrumento, valendo-se da força normativa dos direitos constitucionais *processuais* sobre ele e sobre o processo²².

2.2 A EFICÁCIA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

2.2.1 Considerações iniciais

O tema da eficácia dos direitos fundamentais pode ser entendido a partir de duas premissas básicas inerentes: i) como os direitos fundamentais descansam em textos normativos, precisa-se reconhecer a eficácia normativa da norma constitucional; e ii) aceitando ou reconhecendo a eficácia da disposição constitucional, seja instituidora de um sistema organizativo político, seja de um direito fundamental, por decorrência, deve afirmar a força normativa da Constituição como lei de leis que, pela sua anteposição a qualquer produto jurídico, não precisa de intermediação para que esta consiga irradiar seus efeitos. Somente assim poderemos entender como é que se revela possível que um direito fundamental propague sua eficácia, quer para um ente público, quer mesmo para o particular.

Parece-nos necessário, agora, tecer algumas considerações de cunho ideológico e histórico, antecedentes ao tratamento da aplicabilidade dos direitos fundamentais.

No decorrer do século XX, um século marcado pela rapidez das mudanças sociais, políticas e, logicamente, jurídicas, a teoria constitucional tem sido testemunho de várias ocorrências que definiram seu novo trajeto. Assim, as dimensões dos direitos fundamentais estenderam-se a ponto de hodiernamente se falar em cinco dimensões de direitos fundamentais e, principalmente, vivenciou-se uma mutação do aparente *status quo* que tinha qualificado as constituições filhas do

²² Impossível não remeter ao leitor ao pioneiro estudo sobre a terminologia *neoprocessualismo*. Ver por todos, Pozzolo, Susanna. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli. 2001. Constitui exigência manifestar que, embora existam vozes e teorias que desmereçam o neoconstitucionalismo como verdadeira corrente doutrinária e superação do positivismo, não vamos tomar em consideração essas teorias que tentam esvaziar de valor ideológico e metodológico ao neoconstitucionalismo. Para o estudo desta *corrente alternativa* sobre a impossibilidade do neoconstitucionalismo. FERRER BELTRÁN, Jordi. **Reflexiones críticas sobre el neoconstitucionalismo**. Jornadas de Seguridad Jurídica. Universitat de Girona. Barcelona. 2012. Disponível em: <http://www.catedradeculturajuridica.com/#?id=306&no_index=true#content>. Acesso em: 10 jan. 2013.

sistema jurídico do *civil law* ou continental. Com efeito, até meados do século passado, ninguém ousava falar em força normativa da Constituição e muito menos encontrar mandado de otimização da eficácia normativa dentro do próprio texto constitucional. Em verdade, tinha-se a cândida ideia de que a Constituição era um convite para que os poderes públicos se organizassem em um novo modelo estatal e observassem uma série de garantias – *instituição de direitos fundamentais como garantias para se defender perante o Estado* –, autolimitando seu poder. Esse convite permanecia preso à discricionariedade do legislador infraconstitucional, quem podia – ou não – densificar esta norma constitucional por meio de leis ou omitir sua função de tutelar normativamente os direitos fundamentais. Pois bem, o processo constitucionalizador do ordenamento jurídico virá a lume tão somente a partir da Segunda Grande Guerra, quando os textos constitucionais seriam reconhecidos como normas eficazes com aplicabilidade direta e vinculando a todos os poderes públicos e particulares²³.

Contudo, não é engano dizer que a divergência de contextos entre o constitucionalismo europeu – e, portanto, retratado nas colônias dos países conquistadores – e o constitucionalismo inglês, que desaguou no constitucionalismo norte-americano, determinou que as constituições do primeiro sistema tenham sido concebidas como superação ao modelo monárquico, enquanto as segundas foram imaginadas como preservação do estado natural das coisas – *natural law* – e, sobretudo, como valor normativo superior – *higher law* –, sendo esta uma das maiores conquistas junto com o sistema de governo federal.

Certamente, no contexto histórico europeu, as diversas monarquias consideravam as constituições como documentos formais, sem atribuição alguma de poder normativo, unicamente como catálogos de organização política criadas *a posteriori*. Lembre-se que uma vez o efeito napoleônico ter instituído uma nova ordem, a monarquia restaurou-se e seriam essas monarquias restauradas que iriam recolher a ideia de Constituição como codificação formal do sistema político superior, já inaugurado após à Revolução Francesa. Verdadeiramente, quando a França despiu-se das vestes de monarquia absolutista, passou a ser uma monarquia constitucional que teve sua duração até a proclamação da primeira República. Nesse *iter*, o rei Luis XVI *entregou* a Constituição Francesa de 1791, documento

²³ BARROSO, Luis Roberto. **El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho**. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em: 18 dez. 2012.

totalmente organizacional em que se vislumbrava como objetivo poder reformar o sistema de governo francês e *de passagem* declarar os direitos do homem e do cidadão. Contudo, a principal preocupação do constituinte francês era implantar uma eficácia normativa à Carta, mas sim, servir de fundamento para a reconstrução da França. Esta é a expressão do remanescente princípio monárquico, presente em toda a Europa restaurada.

Com o transcurso do tempo os diferentes países influenciados pela Revolução Francesa – basicamente aqueles inspirados pelo sistema do *civil law* – mantiveram a Constituição como uma peça lógico – sistemática presente em qualquer Estado. Passou a ser, destarte, um conceito formal, mas que também pecava por extrema abstração, chegando, inclusive, a se confundir com a própria definição de Estado. Serve de exemplo a misteriosa afirmação de Carl Schmitt, que identificou que o Estado não tem Constituição, é Constituição; todo e qualquer Estado²⁴.

No entanto, voltando ao fundamento histórico e ideológico, Gilissen tem afirmado que depois de a Revolução Francesa ter estendido seus braços ao redor da França, o rei perdeu o direito de legislar sozinho e, principalmente, de legislar de forma a respeitar os diversos estamentos incrustados em uma sociedade vítima da monarquia absolutista. Logo, da proclamação da Assembleia Constituinte de 1789, emanou posteriormente, em 1791, a Constituição Francesa outorgada ainda pelo rei, inaugurando-se, assim, a monarquia constitucional²⁵. Note-se que são mantidas as prerrogativas do monarca ao extremo de este se antepor à própria Constituição e, como soberano *ilimitado*, ainda gozar da prerrogativa de ser anterior ao próprio direito. Mas o fundamento que deve ser extraído desse contexto é o fato de que a Assembleia Constituinte, no momento de idealizar e redigir a Constituição pensava em um documento de organização de poderes, de uma série de liberdades e garantias essencialmente básicas e de um desenvolvimento do direito público em geral. Gilissen é esclarecedor ao afirmar que, desde então, reserva-se a palavra “constituição” para o ato legislativo escrito no qual o regime político e a forma de governo do país são fixados²⁶.

²⁴ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo *apud* SCHMITT, Carl. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 49.

²⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 6. ed. Trad. de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 419.

²⁶ *Ibidem*.

Todas essas considerações levam-nos a afirmar, acompanhando Canotilho que, em verdade, o movimento ou a ideologia chamada de *constitucionalismo moderno* engloba as tentativas de meados do século XVIII²⁷ – processo que tem início no final da Idade Média - de questionar nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, conseqüentemente, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder, desta vez, sem a trágica onipresença de um soberano autoatribuído de linhagem divina que acostumava colocar-se acima da sociedade e do direito em si. Esta última feição do constitucionalismo adjetiva-se de *antigo*, isto é, um constitucionalismo que reúne princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e, simultaneamente, limitadores do seu poder. É oportuno lembrar que o constitucionalista gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet lembra que a ideia de uma Constituição formal, no sentido de uma Constituição jurídica ou normativa, portanto, como expressão de um poder constituinte formal, encontrou sua afirmação (teórica e prática) apenas a partir do final do século XVIII²⁸.

Ao ser herdeiro de uma tradição constitucionalista *moderna* preocupada com a superação do *ancien regime*, do modelo monárquico absolutista e da desigualdade dos indivíduos insertos numa sociedade estamentária, restou claro que para o constituinte pós-revolucionário não lhe era importante o reconhecimento da Constituição como norma. Essa herança acompanhará os países da família do *civil law* até o período posterior à introdução dos tribunais constitucionais e, sobretudo, até a Segunda Grande Guerra, momento em que os demais países passaram a se inspirar no modelo americano²⁹.

Como salientado no início deste subítem, a ideologia que trouxe consigo a atribuição de outorgar aplicabilidade direta à Constituição pertence ao constitucionalismo norte-americano. Dando fé disso, o publicista espanhol Garcia de Enterría situa-nos nesse contexto e afirma que a ideia de um direito fundamental o mais alto – *higher law* – era claramente tributária da concepção do Direito natural como uma categoria anterior e superior ao direito positivado. Esse direito natural foi

²⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 52; DELGADO SUÁREZ, Christian. Aproximação preliminar aos precedentes constitucionais no Peru. **RePro**, São Paulo, n. 205, ano 37, 2011. p. 194-195.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012. p. 35.

²⁹ VAN CAENEGEM, Raoul. **An historical introduction to western constitutional law**. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 159. Ver também: CAPPELLETTI, Mauro. **El control judicial de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado**. Trad. de Cipriano Gómez Lara y Hector Fix-Zamudio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.

reafirmado pelos colonos norte-americanos na luta contra a Coroa Inglesa, que passou a desconhecer os seus direitos individuais e coletivos³⁰. Revela-se esclarecedor que no constitucionalismo norte-americano não se procurava uma reestruturação dos antigos direitos e liberdades violentadas e esquecidas – como aconteceu no panorama francês³¹ –, pelo contrário, buscou-se a garantia de os cidadãos reafirmarem seus direitos *naturais* dentro de um texto superior a qualquer lei do legislador soberano³². Importante é cogitar que nos Estados Unidos esse direito fundamental ou *higher law* implicava que *an Act against the Constitution is void* (uma lei contrária à Constituição é nula), princípio que serviu de germe para pensar em eficácia normativa do texto constitucional desde que este servisse de parâmetro de validade para o restante da produção jurídica parlamentar.

Essa limitação normativa que a Lei Fundamental impôs sobre o parlamentar e o seu produto jurídico configurou as *nuances* peculiares entre o constitucionalismo moderno norte-americano e constitucionalismo europeu e dos sistemas do *civil law*. Mais uma vez, apoiamo-nos em Canotilho para identificar o modelo americano como modelo de uma limitação normativa de domínio público mediante uma lei escrita. Assim, essa Constituição não seria um contrato entre governados e governantes – como o plasmou Rousseau na França –, mas sim um acordo celebrado pelo povo a fim de constituir um governo vinculado à lei fundamental³³. Se é nos Estados Unidos que o Poder Judiciário controlaria os possíveis desvios de poder e abusos *majoritários* contra a Constituição, anulando qualquer ato que a violente, isso nos facultará concluir que a Constituição possui uma vinculação negativa para o legislador no sentido de *impedi-lo* de produzir ato qualquer que se contraponha à Constituição, exatamente por estar *vinculado aos postulados, princípios e direitos fundamentais contidos na Carta Magna*. Portanto, a força normativa da Constituição traz consigo a sua tutela por meio da prática da *judicial review*³⁴.

Em síntese, no período do constitucionalismo *moderno*, assim chamado por Canotilho, especificamente nos países legatários do modelo constitucional francês,

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 2006. p. 57.

³¹ PIZZORUSSO, Alessandro. **Justicia, Constitución y Pluralismo**. Lima: Palestra Editores, 2005. p. 24.

³² CANOTILHO, op. cit., p. 58.

³³ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Trad. de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 5,ss.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 61; VAN CAENEGEM, op. cit., p. 158; PIZZORUSSO, op. cit., p. 44-45.

em que se contemplava a Constituição como documento formal, inexistia relevância aos direitos fundamentais e às garantias, bem como havia falta de representação popular, o que nos levou a viver, reconhecer, estudar e inclusive ensinar o direito através da lente do Estado *Legalista*. Não obstante, aquele *pedaço de papel*, como pejorativamente o denomina Lassalle³⁵, ganhará eficácia normativa somente após as ocorrências nefastas do segundo Pós-Guerra.

2.2.2 A eficácia normativa das normas constitucionais: aproximação doutrinária do constitucionalismo peruano

Reconhecida que é a Constituição norma jurídica plenamente efetiva e aplicável³⁶, passa-se a tratar da eficácia das normas constitucionais para compreender que toda norma constitucional pela sua própria natureza possui eficácia normativa – ou *aplicabilidade* – direta, vinculando-a ao poder público e também aos particulares. Em seguida, focam-se as categorias de eficácia jurídica – ou aplicabilidade –, assim como se fará com a eficácia social – ou efetividade – por ser esta última tarefa exclusiva de quem opera os direitos fundamentais - referimo-nos às cortes constitucionais ou tribunais de justiça. Prossegue-se com a classificação das normas constitucionais segundo a sua função outorgada pela Lei Fundamental. Posteriormente, estudam-se as normas constitucionais que reconhecem a eficácia normativa destes direitos; mandados estes positivados na Constituição do Brasil de 1988, a de Espanha de 1978, a de Portugal de 1976, a Lei Fundamental de Alemanha (*Grundgesetz*) de 1949 e da Constituição do Equador do ano 2008 para, finalmente, concluir denunciando a falta de mandato de otimização da eficácia dos direitos fundamentais na Constituição do Peru de 1993. Essa carência e os reclamos jusfundamentados neste item permitirão questionar sobre a necessidade ou não de inserção de norma constitucional garantidora da eficácia dos direitos fundamentais na Carta peruana de 1993.

Com o intuito de não incorrer em imprecisões terminológicas, necessário é identificar o que deve ser entendido por eficácia das normas constitucionais. Assim, a eficácia das normas constitucionais remete-nos à ideia da sua aplicabilidade, isto

³⁵ LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Barcelona: Ariel. 2012.

³⁶ MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 33 e 37.

é, da capacidade de produzir um efeito no mundo dos fatos. Frise-se que a eficácia não tem nada a ver com o resultado efetivo ou pretendido que tem esta norma constitucional, mas unicamente com a qualidade de aplicável. Natalino Irti indica que “a eficácia é a simples capacidade de produzir qualquer coisa e que deve ser individualizada em relação à efetividade, pois este último termo é o real e verdadeiro acontecer das coisas, desejadas pelo homem”³⁷; portanto, eficácia corresponde à noção de aplicabilidade de qualquer norma jurídica.

Importante trazer a colação o ensinamento de Sarlet, que, com vistas a esclarecer o panorama conceitual em torno da eficácia da norma constitucional, afirma ser a eficácia divergente da vigência, embora sejam correlatas. Acompanhando o pensamento do constitucionalista, pode-se entender que a vigência é a qualidade da norma que permite a sua existência no mundo jurídico, pois a vigência decorre de uma devida promulgação e publicação da norma. Consequentemente, uma norma que goza de vigência, isto é, de reconhecimento jurídico como tal, passa a ser eficaz. Uma norma vigente é eficaz.

Não obstante, esmiuçando os conceitos, José Afonso da Silva faz questão de diferenciar a mera aplicabilidade jurídica de uma norma do resultado desejado na sociedade, isto é, o impacto que esta tem na vida do cidadão como norma que já produziu seus efeitos, que foi atuada. À primeira atribui-se a noção de eficácia jurídica – *aplicabilidade* –, entretanto, a segunda se encaixaria na noção de eficácia social – *efetividade da norma*. Voltando aos ensinamentos de Irti, em uma breve, mas importante monografia sobre o significado jurídico da efetividade, o autor indica que esta noção comporta o acontecer histórico dos fatos, aquilo que é querido pelo homem³⁸.

Disso é possível depreender que se adjetivarmos o ordenamento jurídico como efetivo, entenderíamos que este é revestido de dinamismo não no que tange à sua mera aplicação, mas nos resultados práticos na sociedade após sua aplicação e seu cumprimento. Esclarecedora é a lição de Maria Helena Diniz, ao sentenciar que a eficácia sociológica ou social será considerada como tal quando a norma encontrar na realidade social e nos valores positivos as condições da sua obediência, ou seja,

³⁷ IRTI, Natalino. **Significato giuridico dell'effettività**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009. p. 7-8.

³⁸ Ibidem, p. 10.

quando tiver seus preceitos observados pelos destinatários³⁹. Mas com essa conclusão vem à mente, que a Constituição, agora, não só eficaz, mas também, efetiva, representará a materialização dos seus valores e preceitos na realidade social. Veremos, então, que o juiz ao deter a jurisdição é o chamado a prestar essa efetividade que revestida dos valores constitucionais. Assim, é a jurisdição que a um só tempo preserva e corporifica esses valores na conduta social por meio do processo jurisdicional⁴⁰.

Mantidas as diferenças entre eficácia jurídica e eficácia social, já é notório que o nosso empenho parte do estudo da primeira noção, o que requer falar agora sobre os diferentes tipos de cargas eficaciais – *sem ou com mediação legislativa* – das diversas normas constitucionais.

A doutrina constitucional brasileira tem sido influenciada em grande parte pelo constitucionalismo norte-americano, especificamente ao utilizar uma dupla nomenclatura para definir as eficácias das normas constitucionais, classificação teorizada por George Tucker⁴¹. Sarlet relembra-nos que Ruy Barbosa, influenciado em grande parte pela doutrina norte-americana, dividia as normas constitucionais em autoexecutáveis – ou *self-acting norms* – e as normas não autoexecutáveis – *not self-acting norms*. Afigura-se previsível que as normas que conformam o primeiro grupo não merecem ou requerem qualquer desenvolvimento legal infraconstitucional para irradiar seus efeitos. Em verdade, a determinação do conteúdo destas normas é tão específica – *até mimetizar-se em regras jurídicas* – que isso dispensa o auxílio do legislador. À primeira vista, parece indicar que Ruy Barbosa era tributário do pensamento que outorgava força normativa plena à Constituição. Porém, ao tratar da definição de normas não autoexecutáveis, o jurista afirmava que estas sempre iriam precisar da atuação do legislador para tornar efetivos seus preceitos. Aqui se enquadram as normas relativas à organização e ao procedimento. Importa salientar que para o jurista baiano do século XIX, essas normas não possuíam eficácia alguma, permanecendo, *sine qua non*, comprometidas com a legislação infraconstitucional que iria efetivá-las e colocá-las no mundo do *ser*.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 57.

⁴⁰ FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**. v. 93, 1979. p. 1. Ver também, FISS, Owen. The social and political foundations of adjudication. **Law and human behavior**. v. 6, 1982. p. 121.

⁴¹ Ver para a investigação da classificação citada, TUCKER, George. **Lectures on Constitutional Law**. Shepherd and Colin. 1843.

Aproximando-nos do século XX, Pontes de Miranda cogitou de tal forma que as normas constitucionais podiam ser caracterizadas por como *bastantes* e *não bastantes*, entendendo que as primeiras normas, pela sua redação, bastariam por si só para causar todos seus efeitos como consequência da sua aplicabilidade direta, sem intervenção do legislador. Em contrapartida, as não bastantes não encontrariam na sua própria redação qualquer especificidade que possa dotá-las de aptidão para produzir seus efeitos sem mediação de uma lei.

No entanto, o reconhecimento da força normativa plena da Constituição, não restou espaço algum para que a doutrina continue reconhecendo força normativa unicamente a algumas espécies de normas constitucionais. Em outras palavras; acreditar e apregoar a Constituição como norma passa por entender todas as disposições constitucionais como cogentes e eficazes, sem a necessidade de que para, a Constituição ser efetiva, o legislador deva coadjuvar a sua eficácia com alguma atividade. Afirmar isso, como Ruy Barbosa, seria acreditar em uma força normativa não plena, mas unicamente favorável para aquelas normas que por elas mesmas bastassem. Assim, a dicotomia *autoaplicável* – *não autoaplicável* não mais deveria influenciar a doutrina contemporânea. Excluir textos normativos constitucionais do mundo da eficácia importaria sugerir que essas normas não têm aptidão para nada e que até seria melhor tirá-las do catálogo constitucional. Ora, esse entendimento seria irresponsável se não cogitarmos que a autoaplicabilidade também não pode ser considerada como *panaceia* e que todas as normas constitucionais nunca iriam precisar de regulamentação infraconstitucional. O matiz é tênue: não advogamos pela autoaplicabilidade de todas, unicamente indicamos que existem normas constitucionais que para irradiar os seus efeitos – *que certamente já se propagam de forma contida* – exigem do legislador um *dever de legislar* exatamente para que essa norma constitucional não esteja condenada a um único entendimento. A mediação infraconstitucional não pode ser maniqueisticamente afastada, como se prejuízo fosse, pois como se apresenta evidente, a lei editada pelo parlamentar pode realizar uma acomodação dos preceitos fundamentais de acordo com o avanço da sociedade e das exigências sociais.

Parece melhor regulamentar as normas constitucionais de eficácia contida e, portanto, modificar seu sentido de acordo com as transformações sociais, do que emendar eventualmente a Constituição, com a tentativa de arrumar ou *aggiornare* a norma constitucional que é supostamente despida de eficácia. Posições radicais a

respeito da impossibilidade de as normas plenamente eficazes serem mediadas legislativamente deixam margem para pensar que a autoaplicabilidade nunca precisará de desenvolvimento legal, o que resulta ilusório. Não incorremos em confusão ao lembrar que também não é permitido pensar, exclusiva e excludentemente, que as normas não autoaplicáveis não têm capacidade de ser efetivas, descansando como meras sugestões. O que defendemos é a presunção de eficácia geral das normas constitucionais e do seu conteúdo. O problema de elas não estarem densificadas não exclui que não possuam eficácia, pelo contrário, esta eficácia *contida* irá se *complementar* no momento em que houver a mediação legislativa⁴².

É possível ver no direito constitucional brasileiro profícuas taxonomias relativas às normas constitucionais e a sua eficácia⁴³, mas como a pesquisa está voltada ao direito constitucional peruano, passamos a tratar da classificação dominante nesse direito.

Assim, mesmo que o tema não tenha sido do interesse da doutrina constitucional peruana, Garcia Toma⁴⁴, ex-ministro da Corte Constitucional do Peru, tentou elencar diferentes tipos de normas constitucionais e defini-las com base na doutrina clássica. Certamente, para o professor, existem: a) *normas declarativas*, aquelas que resumem ou sintetizam seu conteúdo em uma mera proclamação e expressam o princípio ou começo de um novo tempo histórico; b) *normas operativas ou autoaplicativas*, definidas por funcionar *per se*, são bastantes e são preceitos autossuficientes e diretamente aplicáveis; não requerem e nem exigem edição de normas infraconstitucionais para atingir alguma eficácia - é o caso dos direitos de liberdade, igualdade, livre associação -; c) *normas programáticas ou de princípios*, caracterizadas por ficarem 'atadas' à existência de futuras mediações legislativas para reunir eficácia - é o caso da maioria dos direitos sociais que são incompletos ou

⁴² Talvez um exemplo colabore para o entendimento: imaginar que o direito fundamental à propriedade não precisa de regulamentação infraconstitucional para ser efetivo, constitui ingenuidade indistigável. Será que esse direito fundamental *per se* já regulamenta a copropriedade? A propriedade horizontal? Os regimes registraes da propriedade? Da mesma forma como não é possível entender todo o fenômeno jurídico do direito das coisas sem regulamentar o direito da propriedade, é resulta igualmente impossível não poder utilizar, alegar ou opor esse direito fundamental, sem necessidade de qualquer mediação, em caso de violência contra esse direito por parte do Estado ou de terceiro.

⁴³ Ver ao respeito DINIZ, op. cit.; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: RT, 1968.

⁴⁴ GARCÍA TOMA, Víctor. **Teoría del Estado y Derecho Constitucional**. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1999. p. 251.

imperfeitos. Contudo, no entender desse autor, as normas programáticas ou principiológicas não se aplicam diretamente.

Merece comentário mais detalhado a classificação proposta pelo ex-ministro basicamente por carecer de algum critério classificatório para além daquele utilizado pela doutrina clássica (qual doutrina?). Veja-se que é manifesta a dicotomia existente para o professor limenho em relação à autoaplicabilidade e a não autoaplicabilidade. Isto é, pelo teor da classificação, deveríamos entender, como já o fez Ruy Barbosa, que existem normas constitucionais *totalmente* despidas de eficácia – *not self-executing* –, entretanto, existiriam também aquelas que não precisam de mediação e que por conter direitos fundamentais são autoaplicativas. Indagamos então: sendo o direito à tutela jurisdicional efetiva um direito fundamental prestacional que impõe um dever de tutela normativa, basta ser norma um suporte de direito fundamental para defender uma autoaplicação? Como é evidente, este direito fundamental – que no entender do professor limenho tem direta e imediata aplicação por ser *fundamental* – não precisaria de regulamentação infraconstitucional. O jurista, porém, não esclarece se a aplicabilidade direta recai em todos os tipos de direitos fundamentais ou só naqueles de defesa ou de prestação.

Se quisermos procurar adesão a uma tese que exitosamente consiga teorizar a eficácia das normas constitucionais, partiríamos por optar por uma dupla teorização. Entre elas, encontra-se a teoria do professor carioca Luis R. Barroso que, analisando as normas constitucionais em relação à função que outorga a própria Lei Fundamental, separa as normas constitucionais da seguinte maneira: a) *normas constitucionais de organização*, objetivadas para garantir a atuação do poder político não só instituindo uma série de entidades públicas, mas também impondo limites ao próprio poder político; b) *normas constitucionais definidoras de direitos*, as que têm por finalidade, como o nome o indica, fixar os direitos fundamentais dos indivíduos, centrando-se na ideia de direitos subjetivos; c) *normas constitucionais programáticas*, que têm como intuito delinear finalidades públicas a serem alcançadas pelo Estado⁴⁵. Em específico à alinha b), ressalte-se a virada copernicana que envolve falar de normas constitucionais que *fixem* ou, melhor, *reconheçam* direitos fundamentais; fundamentalidade que antecede qualquer

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2009. p. 91.

positivação, sendo os direitos fundamentais, logicamente, anteriores à própria Carta Magna.

Reconhecemos a eficácia direta de todas as normas constitucionais, levando sempre em consideração os limites da sua eficácia e normatividade, isto é, da especificidade do seu conteúdo. Assim, cotejaremos a classificação de Barros com a dupla tipologia proposta por Sarlet. O eminente publicista gaúcho adverte, primeiramente, que a eficácia das normas constitucionais pode ser graduada segundo a completude ou vagueza do conteúdo na norma. Assim, passa a reconhecer que inclusive aquelas normas chamadas de ‘não autoexecutáveis’ possuem verdadeira eficácia, nem que seja limitada ou mediada, mas não deixam de ser eficazes por tal contexto. O cenário fica mais claro se adicionarmos a inovação trazida pelo professor rio-grandense, qual seja, a relação diretamente proporcional entre eficácia e densidade normativa. Dessa forma, normas de alta densidade normativa seriam aquelas que geram efeitos sem intermediação do legislador por meio do produto legislativo. Contrariamente, a baixa densidade normativa contida na norma constitucional importaria maior vagueza, e portanto, precisar-se-ia de norma que regulamente ou espreie o significado desta norma constitucional, visando a sua plena aplicabilidade⁴⁶. Somos partidários da classificação tricotômica de Luis. R Barros, pois entendemos que é a própria Constituição que, contendo estas três funções já mencionadas, extravasa-se pelas diferentes normas constitucionais respeitando essa função precípua da Lei Maior. Contudo, em termos de técnica legislativa – isto é, metodologicamente – vale abraçar a tese de Ingo Wolfgang Sarlet. O exposto nos motiva a refletir mais detidamente acerca dessa teoria.

Fala-se em baixa e alta densidade normativa para justificar ou não a *interventio legislatoris*. Assim, dentro do âmbito da técnica ou metodologia legislativa constitucional, entende-se que alta e baixa densidade na redação da norma continua sendo um termo aberto a várias interpretações. Quando um dispositivo normativo é denso? Quando não o é? Dizer que a arquitetura normativa chamada de alta ou baixa densidade determina a eficácia imediata ou mediata, respectivamente, ainda não diz muito. Esta recensão, desde logo, impõe-nos a trazer uma minúscula contribuição para o entendimento do que devemos compreender por baixa ou alta densidade para determinar a carga eficaz da norma constitucional. Se trocarmos a

⁴⁶ SARLET, op. cit., p. 252.

noção de densidade – que nos remete à ideia de existência acumulada e ampla de elementos – pela noção de *norma casuística ou aberta*, poderemos entender melhor a necessidade de mediação legislativa. Quando um texto normativo é aberto ou vago, entende-se que está revestido de certa generalidade que permite ao intérprete extrair uma norma jurídica apoiado na pré-compreensão e posterior concreção desta norma aberta⁴⁷.

Se a tecedura normativa constitucional permite uma abertura interpretativa da norma – que de por si já a tem –, decorre, logicamente, que a atuação de intermediação legislativa deve ser precisa para poder revesti-la de concretude, pelo menos parcial, ao mandato constitucional contido na norma fundamental. Isso implica, que, quanto maior seja a abertura de conteúdo – amplitude, vagueza –, menos densa será a norma. Pelo contrário, se o revestimento linguístico da norma constitucional é *casuístico*, então, é previsível que a norma constitucional já atua como regra jurídica, precisando apenas de sua aplicação. Com a qualificação *casuística* a uma norma constitucional, resta menos difícil compreender que tal norma por si só atuará como norma já especificada.

Com isso, chegamos à mesma conclusão de Sarlet⁴⁸, ao indicar que uma norma constitucional de baixa densidade (ou normatividade) bem pode se conjugar com a espécie normativa *princípio*, ao passo que uma norma constitucional de alta densidade, não tem por que considerá-la como *regra*. O que temos feito é desconstruir a – *até agora* – misteriosa baixa e alta densidade para dotá-la de conteúdo, embora se prefira casuístico ou geral e, a partir daí, atribuir uma carga eficaz, nem que seja mínima ou ampla para descobrir a necessidade ou não de intermediação legislativa.

De resto, pertence à pré-história jurídica a configuração de uma Constituição que possa ser reduzida a simples catálogo de sugestões ou valores sem qualquer eficácia normativa. A realidade tem demonstrado que a Constituição não ganha sua força normativa por milagre, mas porque a essência da Constituição requer uma pretensão de eficácia, de se ver concretizada na realidade, mas isso sempre conectado com as condições da sua realização⁴⁹, isto é, sua história, costumes, regras próprias do sistema em questão etc. Por perseguir a coerência e integridade

⁴⁷ Ver o capítulo IV.

⁴⁸ SARLET, op. cit., p. 255.

⁴⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. p. 14.

teóricas, se louvamos uma Lei Maior como eficaz em conjunto e como unidade, não é despropositual a nossa afirmação que as normas constitucionais são atuáveis, com força normativa independente de qualquer transformação legislativa como *conditio sine qua non*.

2.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA SUA MULTIFUNCIONALIDADE.

Seguindo a rota traçada no introito deste capítulo, exige-se averiguar a função que gozam os direitos fundamentais com a finalidade de, posteriormente, estudar a aplicabilidade e função do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e do direito de ação. Uma vez redescoberta a função e eficácia destes direitos poderemos construir um novo entendimento em relação a eles.

Nesse sentido, respeitando a afirmação de que as normas constitucionais são diretamente aplicáveis – lembrando que a carga eficaz é diretamente proporcional ao nível de abstração ou casuística –, vale agora refletirmos sobre a função dos direitos fundamentais ou, especificamente, sobre a função das normas que contêm direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e, por óbvio que pareça, função comum aos direitos que mesmo não abraçados pela Constituição possuem fundamentalidade material.

A princípio, traz-se novamente a colação que o modelo estatal de cunho liberal-burguês deixou profundas marcas no tipo de Constituição a ser adotada pelos diferentes estados tributários desta ideologia. Após a Revolução Francesa e também a Revolução Industrial, o Estado viu-se na necessidade de ser ele mesmo considerado como *inimigo público* do indivíduo. Em decorrência, as Constituições próprias destes Estados, assim como o ordenamento jurídico em sua totalidade, viram-se na necessidade – ideológica política – de não interferir na esfera jurídica e menos na vontade do particular, pois viviam-se climas políticos e jurídicos revestidos do valor *laissez faire*.

Destarte, a vida do cidadão encaixou-se na garantia que o próprio Estado permitir-lhe-ia realizar-se plenamente e fazer tudo aquilo que o direito não lhe proibia. Retire-se a ideia base: uma Constituição de corte liberal-burguês alinhava-se com a não ingerência ou intervenção estatal sobre o indivíduo. A Lei Fundamental vestiu-se de liberalismo exacerbado, permitindo que os direitos fundamentais fossem

vergonhosamente tidos como meras garantias, como uma asseguração de que o Estado não se incumbiria da vida do indivíduo. O direito fundamental foi reduzido a uma simples tarefa: servir de dever de abstenção para o Estado.

Superada que foi essa etapa e com a vinda da transformação da sociedade, implicando uma mutação dos direitos fundamentais e suas conseqüentes exigências, o Estado, por respeito ao pluralismo e à superação da igualdade, foi imprescindível a inauguração de um Estado Social de Direito. A esse respeito Marinoni assinala que nessa etapa passam a ser relevantes os chamados direitos a prestações, ligados às novas funções do Estado diante da sociedade⁵⁰; com esta consigna, o Estado dedicou-se a garantir não simplesmente a sua já clássica inércia e não ingerência na vida do cidadão. O Estado precisava prestar tutela, seja ela normativa, fática ou jurisdicional, para efetivar os direitos fundamentais e, assim, levá-los ao mundo do ser. Bilbao Ubillos revela que o que hoje é chamado de direitos fundamentais foi concebido inicialmente como direitos de defesa (*Abwehrrechte*) ou de omissão (*Unterlassungsrechte*) oponíveis unicamente ante o Estado⁵¹. Podem ser exercidos unidirecionalmente porque os poderes públicos ficam restritos a protegê-los e nada mais tem a fazer.

Entendidos agora os direitos fundamentais como complexo de situações jurídicas tuteláveis não somente por uma abstenção, é na qualidade de direitos *prestacionais* que averiguar a sua multifuncionalidade.

2.3.1 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais

A alegada multifuncionalidade aparece nos direitos fundamentais que se conceituam como direitos subjetivos a prestações, seguindo a teoria de Alexy. Não obstante, como já é pacífico que os direitos de defesa ou abstenção compõem também uma função dos direitos fundamentais, é, em verdade, na qualidade prestacional dos direitos fundamentais que serão verificadas as diversas funções inerentes.

Canotilho tem desenvolvido uma taxonomia ampla em torno da função dos direitos fundamentais. Divididos em quatro grupos, consegue abranger tanto os

⁵⁰ MARINONI, 2012, op. cit. p. 74.

⁵¹ BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 235.

direitos que visam a uma defesa contra o Estado como também direitos que exigem uma prestação do Estado. Encontramos:

1) *Função de defesa ou liberdade* - conformada por direitos que se erigem como garantias de inviolabilidade do *status quo* do indivíduo e da sua esfera jurídica. Ao mesmo tempo, estes direitos revestem-se de disposições de competência negativa para os poderes públicos, vedando as ingerências do Estado na esfera jurídica individual. Também importam o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões de forma a evitar transgressões;

2) *Função de prestação social* - diferenciada dos primeiros por permitir ao particular exigir e obter algo do Estado, por exemplo, saúde, educação, previdência social, em geral, de um bem juridicamente protegido que, sob a lente do *welfare state*, o Estado deve garantir com um mínimo indispensável por respeito à dignidade humana. Bifurca-se em 2.1.) *direitos sociais originários* que, mesmo sem intermediação legislativa e só pela redação da norma que contém o direito fundamental, habilitam a exigir uma prestação do Estado, entretanto, 2.2.) *direitos sociais derivados* permitem ao indivíduo exigir uma atuação legislativa do Estado que vise concretizar normas constitucionais sociais;

3) *Função de proteção perante terceiros* - normas que incumbem ao Estado prestar normas regulamentadoras das relações existentes entre os indivíduos titulares de direitos fundamentais. Será por meio de regras de conduta social – manifestadas em normas jurídicas – que o Estado pretenderá dar uma regulação às relações privadas;

4) *Função de não discriminação*, como normas constitucionais que garantem um trato igualitário entre os titulares de direitos fundamentais, assim como uma igualdade entre os direitos fundamentais, não importando hierarquização nem dos titulares nem dos direitos *per se*.

Refinando a classificação, Robert Alexy colhe unicamente os direitos prestacionais e os divide em; primeiro, *direitos a prestações em sentido estrito*, relacionados a direitos de prestações sociais, e são direitos que, segundo o professor alemão, o indivíduo poderia consegui-los se tivesse a forma de poder encontrar estes direitos no mercado e pagar por eles. Contudo, quando se fala em fundamentalidade social, quer-se explicar a preocupação de o Estado fornecer bens jurídicos básicos para o cidadão.

De outro lado, alinham-se os *direitos a prestações em sentido amplo*, apresentando uma dupla divisão: *direitos à proteção* e *direitos à participação na organização e no procedimento*. Adicionalmente, sublinhe-se que Alexy aloca os direitos fundamentais voltados a uma *proteção* como aqueles direitos que não necessariamente implicam uma abstenção do Estado, mas sim, uma prestação normativa. Certamente, mais do que prestações fáticas, trata-se de uma verdadeira proteção normativa ou inclusive, refinando o tema, significaria falar em uma tutela normativa. Grande diferença existe entre referir-nos aos direitos de defesa, pois estes implicam a abstenção. A *nuance* reside que a proteção – *não da esfera jurídica individual* – é uma proteção por meio de uma prestação de uma norma ou inclusive de uma prestação fática realizada pelo poder de polícia inerente à administração pública. Cabe mencionar que tal classificação pode ser exemplificada na Constituição Espanhola de 1978, que aglomera seus direitos fundamentais em direitos de autonomia, direitos de participação e direitos a uma prestação.

Já nos domínios do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, Ingo Wolfgang Sarlet⁵², inspirado na classificação de Alexy e em obra já referencial sobre a eficácia dos direitos fundamentais, agrupou os direitos à prestação em *direitos à proteção*, ou também podem ser chamados de direitos a uma tutela normativa e fática. Trata-se, em verdade, de uma tutela normativa por meio da qual, como foi teorizado por Alexy, o indivíduo requer do Estado uma edição de normas materiais ou processuais que permitam tutelar material ou jurisdicionalmente os direitos. Também, a tutela fática permite ou faculta à administração pública a atuar diretamente mediante atos materiais, com impacto na esfera jurídica do administrado. A próxima função destes direitos pode ser indagada nos direitos *de participação na organização e mediante o procedimento*. Os referidos direitos correspondem ao *status activus processualis* assim ideados por Jellinek. Afirma Sarlet que essa função encontra-se no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, mas esmiúça a classificação e definição sugerindo que não devemos misturar as garantias do direito ao devido processo com direitos à participação e organização no procedimento. Esclareçamos isso. Como temos visto no início deste

⁵² SARLET, op. cit., p. 195.

capítulo, já nos exórdios do constitucionalismo moderno, todos os direitos fundamentais equiparavam-se a meras garantias ou mandados dirigidos ao Estado buscando uma proteção por meio da simples abstenção. Assim, as garantias do devido processo foram batizadas como direitos de defesa, sendo homologados como abstenções do poder estatal nos terrenos processuais. Por tal motivo, mostramos aderência à tese que afirma ser o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – como acesso à justiça – efetivo direito fundamental de participação na organização e no procedimento. Trata-se de um direito pelo qual o titular dele, isto é, o consumidor de justiça, exigirá do legislador um emaranhado normativo que permita instrumentalizar uma tutela jurisdicional dos direitos e, do outro lado, permita ao juiz, em caso de ausência desta falta de normatividade, poder concretizar esse direito à tutela jurisdicional se servindo da modelação de um procedimento ou técnica inclusive não positivada. Assim sendo, semelhante função deste direito não pode ser atrelada a um catálogo de garantias processuais – de defesa – que nada exigem nem do legislador e muito menos do juiz.

Consideramos que é com esta lição que damos forma e sustento a nossa teoria de reinterpretar a relação ‘processo e Constituição’, não como relação de meras garantias de defesa, mas como uma exigência de prestação estatal de normas procedimentais adequadas ao direito material.

Finalmente, Sarlet rotula a última função dos direitos fundamentais em *função de prestação social* a raiz do *status positivus socialis*. No que toca aos direitos que visam a uma prestação social, não se diferenciam muito daqueles teorizados por Alexy, porque corresponde a esta função aqueles direitos intimamente ligados a uma existência digna das pessoas que por não ter formas como atingir esses direitos e bens jurídicos no mercado, o Estado de Bem-estar encarrega-se de não só reconhecer, mas também de permitir veicular esses direitos por meio de normas de direito material de uma tutela fática⁵³.

⁵³ “Em síntese, afinados, neste particular, com a sistematização apresentada por Robert Alexy, embora ligeiramente adaptada, é possível afirmar que, considerados em sentido amplo (na condição de um direito a um todo), os direitos fundamentais cumprem, em regra, uma dupla função, abarcando um viés (dimensão) simultaneamente negativo e positivo. Todavia, de acordo com o objeto de cada posição subjetiva atribuída ao titular do direito, os direitos fundamentais podem ser classificados em: 1. Direitos de defesa (direitos negativos); 2. Direitos a prestações (direitos positivos), no sentido de direitos a ações positivas, que exigem do destinatário uma atuação em nível de prestações fáticas (materiais) ou normativas (jurídicas), incluindo, neste caso, o dever de emitir normas de proteção, organização e procedimento”. Cf. SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 302.

2.3.2 Eficácia direta dos direitos fundamentais como mandados de otimização.

A experiência constitucional comparada

Não podemos encerrar os tópicos tratados sobre a eficácia normativa da Constituição, dos direitos fundamentais e da sua multifuncionalidade, sem antes indagar se existe posituação deste mandado de otimização, ou melhor, a importância da posituação constitucional do princípio que afirma e reconhece a eficácia ou aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Como cediço no início do subitem referente ao tema da eficácia dos direitos fundamentais, procederemos a um rápida e pontual revisão das constituições que abraçam um princípio de otimização como é a norma que reconhece a aplicabilidade dos direitos fundamentais em uma verdadeira prática que constitui *tertium comparationis* em relação ao resto de constituições a serem apresentadas neste subitem.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 possui inovadora disposição constitucional explicada no seu art. 5º inc. I sobre a aplicabilidade ou eficácia das normas que contêm os direitos fundamentais. Tal dispositivo reza que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Esta inovação, que, em verdade, implica uma quebra do paradigma constitucional como mera representação de diretrizes a serem adotadas pelos poderes políticos, passou a significar ou expressar a verdadeira força normativa da Constituição. Apesar do grande avanço comandado pelo constitucionalismo brasileiro, algumas objeções foram direcionadas a este dispositivo. Fala-se que a localização desta norma não é uma das mais felizes porque se entende que, pela topografia deste dispositivo, aplica-se unicamente aos direitos individuais e coletivos e não aos demais direitos acolhidos na segunda e terceira dimensão. Sarlet apontou essa complexidade e tem desnudado essa problemática indicando que não existe possibilidade para reduzir este mandado de otimização tão somente para direitos individuais e coletivos. Um princípio de tal calibre como o contido no art. 5º inc. I da CF de 1988 representa uma direta aplicação não só dos direitos fundamentais, mas também das normas chamadas de programáticas e de organização.

A nossa tentativa de reconhecer ou redescobrir a força normativa da Constituição passa por acreditar, como verdadeiro ato de fé, que a Constituição não é efetiva pela metade, ou pior, que a sua eficácia é cerceada ao extremo de indicar que algumas normas possuem tal aplicabilidade e não toda ela. Graças a um

dispositivo como o agora tratado, é que se faz possível derruir qualquer tese que importe a classificação de normas constitucionais – instituindo direitos ou normas de organização ou programáticas – segundo a sua eficácia *nula* até uma eficácia plena ou chamada autoaplicativa. Assim, lembrando a classificação peruana realizada pelo ex-ministro do Tribunal Constitucional do Peru, Victor Garcia Toma, *data maxima venia*, não se pode cogitar mais que as normas programáticas não possuem aplicabilidade alguma, seguindo a mesma sorte das normas declarativas que, segundo o professor, simplesmente aludem ou declaram o ingresso a uma nova etapa histórica. Em verdade, fundamentos semelhantes aos descritos parecem demonstrar uma domesticação acrítica sobre a eficácia semiplena ou não total de todas as normas constitucionais.

No cenário regional comparado, a Constituição do Uruguai no seu art. 332 reconhece tal aplicabilidade indicando que “*os preceitos da presente Constituição que reconhecem direitos aos indivíduos como aqueles que atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas, não deixarão de serem aplicadas por falta de regulamentação respectiva; esta será suprida, recorrendo aos fundamentos de leis análogas, aos princípios gerais do direito e à doutrina geralmente admitida*”⁵⁴. Esse dispositivo apresenta uma moderna redação no sentido de atribuir força normativa a todos os tipos de normas constitucionais. Com efeito, refere que os preceitos – normas – da Constituição – uruguaia –, que reconhecem direitos aos indivíduos e reconhecem deveres ou faculdades ao poder público, não deixarão de ser aplicados por falta de legislação complementar infraconstitucional. É bastante eloquente que a redação *direitos aos indivíduos e faculdades e deveres às autoridades públicas* denotam uma marcante exemplificação daquelas normas instituidoras de direitos e das normas organizacionais ou programáticas, abrangendo a totalidade de tipos de normas constitucionais. Tal redação vem acompanhada da proibição de inaplicação, caso inexista desenvolvimento legislativo infraconstitucional; fundamento que fala por si mesmo para indicar que inclusive não existindo intervenção do legislador, as normas constitucionais – sem distinguir entre normas definidoras de direitos, de organização ou principiológicas – vêm a ser

⁵⁴ Tradução livre de: Art. 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas. URUGUAY. **Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1997.**

aplicadas imediatamente. O espaço vazio deixado pelo constituinte uruguaio revela-se ao se questionar essas normas constitucionais, em específico as normas instituidoras de direitos fundamentais, são aplicadas inclusive entre particulares. Contudo, é tema que excede os limites desta parte da pesquisa, pois o tratamento da *Drittwirkung* demandaria rios de tinta.

Em um contexto europeu, a Constituição da República Portuguesa de 1976 tem se individualizado por se autoreconhecer força normativa ou, como está plasmado no art. 18º, por possuir *força jurídica*. Nesse teor, a CRP reza o seguinte: “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”. À primeira vista, o artigo que contém este mandado de otimização resulta suficiente ou convincente para pensar na direta aplicação das normas que contêm os direitos fundamentais. Sem embargo, o problema estaria na literalidade do dispositivo no momento de indicar que são diretamente aplicáveis “*os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias*”. Ao que parece, a redação não é das mais adequadas e, ao contrario, convida-nos a pensar que aqueles direitos adjetivados por ser direitos de liberdade e garantias – *função de defesa* – são os que gozam de aplicação imediata. Assim, os direitos a prestações em sentido estrito e amplo constituiriam direitos imediatamente aplicáveis, precisando sempre de uma atuação do parlamento para poder vincular a eficácia desses direitos com o seu impacto na sociedade, sempre por meio de uma lei. Preocupa saber que essa redação deixaria sem aplicabilidade os direitos sociais, econômicos, culturais e os assim chamados direitos de ‘quarta e quinta dimensão’. Contudo, Sarlet novamente tem teorizado que na CF de 1988 não existe discriminação entre direitos fundamentais; portanto, pelo menos no Brasil não se verifica esta problemática no que refere à aplicabilidade de todos os direitos fundamentais. Ora, se levarmos em consideração a inexistência de distinção entre direitos fundamentais, havendo unicamente algum critério classificatório entre esses direitos para se referir a diversos titulares e diversos bens jurídicos protegidos, seria natural entender que, sem importar as classificações, estas não devem partir da premissa que alguns direitos fundamentais são aplicáveis e outros não. Antes disso, prefere-se classificar os direitos fundamentais segundo sua carga eficaz e o nível de casuística ou abstração na redação, mas nunca partindo de uma premissa de inexistência da aplicabilidade. Ainda na península ibérica, a Constituição da Espanha de 1978

partilha a mesma redação com a Constituição de Portugal de 1976. Vale citar o art. 53.1 da CE, que tem o seguinte teor: “*os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente título vinculam a todos os poderes públicos. Somente através de lei e respeitando o conteúdo essencial dos direitos, poderá regulamentar-se o exercício de tais direitos e liberdades*”. Ao existir comunhão por parte dos dois países ibéricos da redação incompleta do princípio de eficácia dos direitos fundamentais, não é possível sustentar aquela restrição de aplicabilidade a certos direitos mesmo que expressamente assim o diga o dispositivo constitucional. Ainda que essas objeções sejam direcionadas, impossível não perceber a inovação lusitana: a disposição de que os direitos, as liberdades e as garantias são aplicáveis às entidades públicas e privadas, o que nos faculta a interpretar que a Constituição Portuguesa é moderníssima no que se refere à eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou particulares.

A Lei Fundamental da Alemanha – *Grundgesetz* – tem servido de inspiração para as posteriores normas fundamentais dos diversos países que optaram por introduzir nas suas constituições um princípio que reconhece a força normativa e eficácia direta dos direitos fundamentais. O art. 1º, inc. III da Constituição da Alemanha dispõe que “*os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente*”⁵⁵. Esta norma tem permitido propiciar na Alemanha uma acalorada discussão – nada pacífica e ainda atual – sobre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o legislador de direito privado e, sobretudo, sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, a eficácia entre particulares. Apesar da amplitude do tema, cujo tratamento não faz parte desta pesquisa, merece ressaltar os benefícios do enunciado constitucional alemão sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais. Para começar, o constituinte alemão tem se preocupado por desdobrar os efeitos dos direitos fundamentais ao Legislativo, Executivo e Judiciário, importando que, entre eles e para eles, os direitos fundamentais não precisem obrigatoriamente de mediação legislativa, pois, em princípio, se trata de um direito *vigente*. Corresponde a Canaris a teoria de que a eficácia e vigência imediata dos direitos fundamentais revestem-se de tal força que no ao impactar no trabalho do Judiciário, Executivo e,

⁵⁵ Tradução livre de: Art. 1º, inc. III: Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. DEUTSCHLAND. **Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland.**

sobretudo, do Legislativo, esta eficácia acaba por constituir uma forma de controlar o legislador de direito privado. Esta fundamentalidade baseia-se na circunstância de que, para o cidadão, as leis de direito privado podem ter efeitos ofensivos inteiramente semelhantes aos das leis de direito público⁵⁶. Por tal motivo, é lícito pensar que, no que se refere ao legislador, quer de direito público, quer de direito privado, esta eficácia não o obriga tão somente a legislar e tutelar normativamente o direito, mas, sobretudo, a cuidar de que o produto legislativo não constitua ofensa ao direito fundamental. Portanto, podemos dizer que essa vigência imediata dos direitos fundamentais obriga o legislador a emanar leis pelo seu dever de tutela normativa e também a proteger que tal produção observe e tenha como limite o próprio direito fundamental regulamentado, agora, infraconstitucionalmente. Finalmente, se algo merece sempre ser colocado em destaque é o cunho normativo da Constituição da Alemanha de 1948, pois diferente da Constituição de Weimar, o art. 1, inc. III da referida Lei Fundamental posterior ao III Reich, consagra a eficácia normativa dos direitos fundamentais e não os tinha como meras asserções programáticas.

Neste ponto, posterior à visita realizada às Constituições dos países *supra* mencionados, cabe-nos retratar o panorama no constitucionalismo peruano e seu possível destino.

A princípio, o cenário pareceria mostrar-se desolador. Na Constituição do Peru de 1993, um dos mais recentes textos constitucionais da América Latina de *fin de siècle*, inexistente positivação da eficácia direta dos direitos fundamentais. Em verdade, tendo em vista que a Constituição de 1993 teve como berço o golpe de Estado comandado pelo ditador civil Alberto Fujimori, existiram ânimos de liberalizar ao máximo o regime jurídico e político peruano de então. Em uma assembleia constituinte reduzida, ilegítima e sem o consenso nacional, a Carta de 1993 construiu-se como instrumento jurídico e político destinado a legitimar a irrupção antidemocrática de 5 de abril de 1992 para plasmar e perpetuar certas regras que não eram admitidas pela Constituição antecedente, a de 1979⁵⁷. Exemplo disso foi a sucessiva reeleição presidencial, figura proscrita e inadmissível em qualquer ordenamento jurídico. Por outro lado, existe vergonhosa discriminação de direitos fundamentais, aqueles contidos no art. 2º da Lei Maior e ‘os outros direitos’

⁵⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 24.

⁵⁷ YUPANQUI, Samuel Abad. **Constitución y procesos constitucionales**. Lima: Palestra Editores, 2010. p. 11.

espalhados ao longo do texto constitucional, tendo a mesma sorte aqueles que não conformam o catálogo constitucional, mas que, pela sua fundamentalidade inerente, permanecem como direitos fundamentais. Como é possível ver, o processo não foi dos melhores e nem dos mais analíticos.

É possível afirmar que a Constituição em menção não amparou princípio algum sobre a aplicabilidade imediata desses direitos de cunho fundamental. Contudo, Sarlet afirma que não seria necessária a positivação de um princípio com tais características para afirmar que os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis⁵⁸. Isto é, a força normativa da Constituição não descansa em um artigo do corpo constitucional, levando-nos a cogitar que a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais verifica-se, embora inexistia este princípio de otimização, pois, ao tratar da definição de direito fundamental, revela-se pacífico afirmar que são diretamente aplicáveis. Perante essa ausência, o Tribunal Constitucional Peruano tem se pronunciado ao respeito, no processo de amparo 00537-2007-AA/TC, defendendo uma tese bastante inovadora em relação à procura de um fundamento de eficácia dos direitos fundamentais. O Tribunal tem se pronunciado nestes termos:

Em relação à eficácia vertical, esta não é mais do que uma consequência da natureza pré-estatal dos direitos fundamentais e, portanto, do caráter servicial do Estado para com eles desde que a pessoa humana se projete como finalidade suprema (art. 1º da Constituição Política do Estado). Nesse sentido, entre os sujeitos obrigados ao respeito e proteção dos direitos fundamentais, encontram-se todos os poderes públicos, isto é, as entidades que fazem parte do Estado, independentemente da sua condição de órgão constitucional, legal, administrativo o judicial.⁵⁹

Na sentença proferida no processo de amparo 03741-2004-AA/TC, o guardião da Constituição tem se manifestado no seguinte tom:

(...)

Em segundo lugar, temos a eficácia vertical dos direitos fundamentais; isto é, a sua eficácia frente a todos os poderes e órgãos do Estado, o que inclui

⁵⁸ Cf. SARLET, op. cit., p. 272, em que indica que *a aplicabilidade imediata é qualidade inerente a toda e qualquer norma constitucional – mesmo de eficácia limitada –, independentemente da expressão previsão do art. 5º, inc. I da nossa Carta Magna.*

⁵⁹ LIMA. Sentencia del Tribunal Constitucional. **Proceso de amparo n° 00537-2007-AA/TC**. 18 dez. 2008. Disponível em: < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00537-2007-AA.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013. Tradução livre de: En relación a la eficacia vertical, esta no es más que una consecuencia de la naturaleza pre-estatal de los derechos fundamentales y, por lo tanto, del carácter servicial del Estado para con ellos desde que la persona humana se proyecte como finalidad suprema (art. 1º de la Constitución Política del Estado). En ese sentido, entre los sujetos obligados al respeto y protección de los derechos fundamentales, se encuentran todos los poderes públicos, esto es, las entidades que forman parte del Estado, independentemente de su condición de órgano constitucional, legal, administrativo o judicial.

logicamente à administração pública. É no contexto de um Estado constitucional que devem ser respeitados os direitos fundamentais pois constitui imperativo que o Estado mesmo garanta a proteção destes direitos perante eventuais afetações que pudessem derivar tanto do Estado – eficácia vertical – como dos particulares – eficácia horizontal.⁶⁰

Cesar Landa Arroyo, ex-presidente do Tribunal Constitucional advoga por essa tese, adicionando que a eficácia ou aplicabilidade dos direitos fundamentais pode ser localizada no art. 38º da Constituição Política do Peru de 1993⁶¹. Esse artigo, contido no capítulo dos *deveres políticos*, indica o seguinte: “*Todos os peruanos têm o dever de honrar ao Peru e de proteger os interesses nacionais assim como também respeitar, cumprir e defender a Constituição e o ordenamento jurídico da Nação*”. Parece-nos que o tema não recebeu a abordagem adequada, pois se quisermos localizar um mandado de otimização que permita aplicar a Constituição e as normas de direitos fundamentais, não podemos reservar-lhe a categoria de dever fundamental. O arquétipo normativo de um dever fundamental contém uma baixa densidade normativa ao extremo de equipará-lo como vazio⁶². Em verdade, o que estamos procurando não é o dever ou cumprimento do direito fundamental, o direito fundamental não se cumpre porque não é dever. É lógico que a sua observância advém da sua própria essência, pois possui força normativa. Parece perigoso falar em termos de dever fundamental e ainda mais falar em dever político, visto que, como é notório, o dever fundamental contém uma sanção em caso de desobediência ao mandato. É impossível querer tipificar ou positivar a aplicabilidade de um direito fundamental com base no dever de respeitar e honrar a Constituição. Frisem-se mais uma vez, a observância e cumprimento – *daí o dever fundamental* – de um direito fundamental, seja por um ente público, seja um particular, é um *posterius* ao tema da aplicabilidade. O tema da aplicabilidade

⁶⁰ LIMA. Sentencia del Tribunal Constitucional. **Proceso de amparo n° 03741-2004-AA/TC**. 14 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013. Tradução livre: En segundo lugar, tenemos la eficacia vertical de los derechos fundamentales; esto es, su eficacia frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye, lógicamente, a la administración pública. Es en el contexto de un Estado constitucional que deben ser respetados los derechos fundamentales pues constituye imperativo que el Estado mismo garantice la protección de estos derechos ante eventuales afectaciones que pudiesen derivar tanto del Estado – eficacia vertical – como de los particulares – eficacia horizontal.

⁶¹ ARROYO, Cesar Landa. **Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Lima: Palestra Editores, 2010. p. 32.

⁶² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: SALOMÃO, George Leite; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Orgs.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPodium Editora, 2011. p. 327.

descansa na eficácia da norma constitucional ao passo que um dever fundamental impacta no âmbito da efetividade ou eficácia social da norma constitucional.

Se isso for verdade, tal tese do magistrado peruano colidiria com a defendida por Alexy ao indicar que a eficácia dos direitos fundamentais é corporificada em um mandado de otimização. Diante disso, seria útil estabelecer uma nítida diferença entre as categorias jurídicas aplicabilidade e dever.

A denúncia da falta desse princípio positivado na Constituição peruana deve ser tratada cuidadosamente com o intuito de não contradizer o que já temos proposto. Nesse patamar, querer outorgar eficácia aos direitos fundamentais unicamente por meio de um princípio tipificado afigura-se positivista em extremo. Se é verdadeira a nossa linha de defesa do constitucionalismo, condicionar a eficácia dos textos fundamentais à existência de dispositivo assegurando essa redação estaríamos, ilusoriamente, pretendendo afirmar que os direitos fundamentais e a sua eficácia não antecedem ao próprio Estado e que um dispositivo – mesmo que seja constitucional – é instrumento exclusivo para dar vitalidade a esses direitos. Com isso, ainda ficaríamos presos ao Estado Legalista, impedindo que uma Constituição seja eficaz e aplicável sem a necessidade de norma que ‘assegure’ tal condição. Não obstante, já é pacífico que a partir das atrocidades da Segunda Grande Guerra os Estados decidiram inaugurar Constituições de cunho social e garantam a proteção total dos direitos fundamentais. Como foi mencionada várias vezes, a característica destas Constituições Pós-Guerra é a força normativa e a sua total aplicabilidade por uma razão importantíssima: porque agora exige-se controlar a lei tendo a Constituição como uma baliza referencial. Com a aparição do controle de constitucionalidade, podemos afirmar que a lei, ao se submeter ao texto fundamental, reconhece força normativa à Constituição por considerá-la Lei superior.

De tal forma, a própria aplicação direta que realizam os tribunais peruanos em várias ações constitucionais das normas que contêm direitos fundamentais, permite advertir que não é preciso algum princípio para poder, a partir de aqui, reconhecer eficácia aos direitos fundamentais. Acreditamos que não é necessária a positivação constitucional de um princípio relativo à aplicabilidade dos direitos fundamentais, mas também não é algo que deve ser rejeitado de imediato, inclusive, sendo recomendável que *a posteriori*, em alguma reforma constitucional, se estude a possibilidade de abraçar este mandado de otimização porque, queira-se ou não, qualquer codificação ou positivação de um valor como o agora pretendido, traz

consigo uma quebra paradigmática e a inclusão de uma nova ideologia no terreno constitucional.

Finalmente e para motivar que a inserção de princípio definidor da eficácia dos direitos fundamentais não deve ser vista como um *trend* doutrinário e menos ainda como um fetiche, por repetir experiências de outras Constituições. Daí porque procedemos a tratar o disposto na Constituição do Equador de 2008. Em belíssima e extensa redação, o art. 11º Inc. 3 do texto mencionado, indica-se o regime de eficácia dos direitos fundamentais:

Artigo 11.- O exercício dos direitos regir-se-á através dos seguintes princípios:

3) Os direitos e garantias estabelecidas na Constituição e nos instrumentos internacionais dos direitos humanos serão de direta e imediata aplicação por e perante qualquer funcionário público, administrativo ou jurisdiccional, de ofício ou por petição da parte.

Para o exercício dos direitos e garantias constitucionais não se exigirão condições ou requisitos que não estejam estabelecidos na Constituição ou na lei.

Os direitos são plenamente tuteláveis. Não poderá ser alegada falta de norma jurídica para justificar a sua violação ou falta de conhecimento para desfazer a ação causada por essa violação e nem para negar o seu reconhecimento.⁶³

Sem dúvida alguma, a própria extensão desse princípio denota preocupação com o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais no acontecer constitucional equatoriano. Esse dispositivo tem reunido parte do art. 1º, Inc. III da *Grundgesetz* alemã no que tange ao destino dos titulares da aplicação desses direitos, sendo que o constituinte equatoriano direciona tal aplicabilidade à administração pública, funcionários administrativos e jurisdicionais, podendo-se entender, também, que se trata de dever de legislar imposto ao legislador. A única deficiência que pode ser advertida, em comunhão com as Constituições Espanhola e Portuguesa, é que nada diz a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; acreditamos que essa lacuna deva ser preenchida pelos tribunais

⁶³ EQUADOR - **Constitución de la República del Ecuador de 2008**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013. Tradução livre: El ejercicio de los derechos se regirá a través de los siguientes principios: 3) Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de los derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier funcionario público, administrativo o jurisdiccional, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o en la ley. Los derechos son plenamente tutelables. No podrá ser alegada la falta de norma jurídica para justificar su violación o falta de conocimiento para deshacer la acción causada por esa violación y ni para negar su reconocimiento.

constitucionais de cada nação. Mas a importância de citar e comentar esse princípio abraçado pela Constituição do Equador de há menos de um lustro de vigência, reside no fato de que apesar do reconhecimento global da eficácia normativa da Constituição e dos direitos fundamentais, as reformas constitucionais futuras devem ser norteadas pelo necessário estabelecimento de princípio que reconheça esta eficácia. Essas deveriam ser as razões a motivar a inserção do princípio analisada na Constituição do Equador.

2.4 DO DEVER DE TUTELA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À TEORIA DA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS

2.4.1 Por uma definição de tutela dos direitos

A preocupação com a tutela dos direitos levou a que o Estado encarrega-se especificamente à jurisdição a missão de que mediante o poder jurisdicional, o juiz efetivaria a tutela desses direitos por meio de uma sentença que repusesse as coisas, as situações e os direitos violentados ou ameaçados ao momento imediatamente anterior à sua perpetração, tal como o quis a tutela normativa que reconheceu ou definiu o direito material. Será por meio de técnicas e procedimentos que o juiz poderá efetivar os direitos fundamentais *materiais* e inclusive para tutelar o próprio direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

A decorrência natural disso foi a quebra da neutralidade imperante no processo civil, neutralidade que certamente impedia o juiz de compreender o direito fundamental e o direito material desenvolvido infraconstitucionalmente. Isso trouxe a automática tomada de consciência de que o juiz realizaria para outorgar uma tutela jurisdicional que veiculasse a tutela da situação jurídica reconhecida pelo direito material.

Pois bem, o juiz é considerado hodiernamente, junto com o processo jurisdicional, imprescindível, no aspecto subjetivo quanto objetivo, para a tutela dos direitos em sede jurisdicional. Isto advém da outorga à jurisdição do escopo da tutela dos direitos fundamentais que se afigura imprescindível para dar efetividade aos direitos fundamentais materiais e processuais. Porém, se a efetividade foi conceituada como o acontecer dos fatos ou também como a ocorrência histórica daquilo desejado pelo homem, parece óbvio que quem pode realmente materializar

esta proteção é o juiz. Ele o fará mediante uma tutela jurisdicional efetiva, imbricada a um procedimento e técnicas adequadas que permitam materializar estes direitos no mundo dos fatos. Entende-se que tem razão Di Majo quando anuncia que a exigência de tutela pode ser considerada implicitamente no próprio princípio da efetividade que caracteriza um determinado ordenamento. O civilista romano afirma também que o ordenamento jurídico revela-se efetivo quando encontra concreta correspondência com a realidade econômica-social, isto é, com o mundo do ser. Com tal asseveração, verifica-se que o ordenamento jurídico é objetivo porque é adjetivado com efetividade⁶⁴.

Antes de aprofundar a análise sobre o direito fundamental à tutela jurisdicional, não podemos evitar sublinhar o que deve ser entendido quando se fala de tutela dos direitos ou formas de proteção dos direitos que o Estado reserva para as situações jurídicas ativas ou de vantagem. Essas formas de proteção, vale dizer, permanecem imbricadas ao dever de prestação de *algo* por parte do Estado. É prudente, portanto, não assumir nem sustentar que a tutela do Estado pode derivar da função de defesa própria dos direitos fundamentais de liberdade, pois, neste caso, nada se exigiria do Estado, apenas e tão somente um não fazer ou não interferir na vida privada. Porém, se os direitos fundamentais prestacionais ou sociais e inclusive aqueles de defesa exigem um fazer do Estado, teria procedência bifurcar esta proteção em uma tríplice tutela do Estado.

Existe uma tutela normativa que permite resguardar o direito por meio de uma prestação normativa devida do Estado pela produção legiferante. Esse desenvolvimento legal permitiria instituir e definir o ordenamento jurídico ou reconhecer as variadas situações jurídicas ativas e passivas – *direitos e deveres*. Não obstante, a bem da verdade, esta tutela normativa do direito não outorga mais do que condutas proibitivas ou imperativas partindo do fundamento de que certas condutas devem ser evitadas ou exigidas para salvaguardar a integridade dos direitos fundamentais, caso contrário, entraríamos no que Proto Pisani chama de crise de cooperação⁶⁵ como produto do descumprimento de normas de conduta social. Então, se pela legislação infraconstitucional regulamenta-se o próprio exercício dos direitos fundamentais, tal definição de regras de conduta sociais

⁶⁴ IRTI, 2009, op. cit., p. 11.

⁶⁵ PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 5. ed. Napoli: Jovene Editore, 2010. p. 32,ss.

permite que o direito fundamental seja tutelado normativamente. Com efeito, sabemos que o Estado, precipuamente, tem o dever de proteger os direitos fundamentais mediante a edição de normas de direito às quais atribuímos com três funções: i) admitir e reconhecer outras situações jurídicas – *direitos* – ativas ou passivas – *deveres* – derivadas das normas constitucionais que definem direitos fundamentais ou de direitos fundamentais não catalogados na Constituição; ii) impor ou ditar normas de direito material impositivas de condutas que sirvam às relações sociais para tutelar o direito fundamental e, finalmente, iii) editar leis que proíbam determinadas condutas para proteger a integridade dos direitos fundamentais.

Frise-se que se a multifuncionalidade dos direitos fundamentais traz no seu bojo a exigência de uma prestação normativa, então podemos falar que se trata de um direito subjetivo a uma prestação em sentido amplo. Sintetizando; a edição de normas que tutelam os direitos fundamentais corresponde à consequência produzida pela específica função prestacional do Estado para realizar ações positivas *normativas*. Pois bem, se é a jurisdição a chamada para proteger ou tutelar todos os direitos, sejam fundamentais ou não, devemos mudar de óptica e não acreditar na simples atribuição de direitos pela tutela normativa, que a princípio serve de base para pensar em tutela normativa. Contudo, Marinoni tem advertido que, na verdade, a tutela dos direitos não diz respeito única e exclusivamente à tarefa do processo para atender aos direitos, pois é uma questão que se coloca, já em um primeiro momento, no âmbito do direito material. Apoiado novamente na lição de Di Majo, adverte o professor paranaense que “no plano do direito material, implica na adoção de uma postura dogmática que retira o foco das normas ditas atributivas de direitos para jogar luz sobre a esfera das tutelas, local em que se encontram as formas de tutela ou de proteção que os direitos reclamam quando são violados ou expostos à violação”⁶⁶.

Eis o entendimento para começar a analisar a tutela dos direitos. Sendo as formas de tutela garantidas pelo direito material, não devemos confundir esta *forma de tutela* com os direitos *per se*. O indivíduo pode ter direito à intimidade, sendo reconhecido pela Constituição e reforçado no Código Civil, mas isso não equivale a dizer que a tutela esgota-se na proclamação dos seus direitos. Uma forma de tutela está preocupada com a necessidade do direito a partir das suas particularidades.

⁶⁶ MARINONI, 2012a, op. cit., p. 243-244.

Assim, se a Constituição qualifica os direitos de invioláveis, então é lógico afirmar que não simples e unicamente reconheceu ou afirmou um direito – *à intimidade* –, mas também afirmou a forma de tutela que deve ser prestada, isto é, a tutela inibitória. Aprender e repetir que as normas de direito material unicamente atribuem direitos e mais nada, importa esquecer-se de uma forma de tutela jurisdicional que consiga realmente proteger, tutelar e efetivar este direito, seja fundamental ou não. Para isso, a tarefa do direito material não estaria completa e menos finalizada se tão somente se limitasse a proclamar um direito e não sua forma de tutela material, seja inibitória, de remoção do ilícito. Novamente, Marinoni afirma que o sujeito só é titular de um direito ou de uma posição juridicamente protegida quando esse direito dispuser de uma forma de tutela que seja adequada à necessidade de proteção que esta posição exija⁶⁷. A virada copernicana dá-se na medida em que o doutrinador, legislador e juiz enxerguem que mais do que falar em atribuição de direitos, para que estes realmente sejam direitos e possam ser fruídos, exige-se a afirmação da existência de posições jurídicas protegidas, como diria Marinoni, ou também, de posições jurídicas tuteláveis como sustentamos aqui.

Resuma-se: a tutela normativa atribuída ao Estado por intermédio do legislador – *derivada de um status activus inerente ao individuo* – deve contemplar duas faces da mesma moeda: primeiro, a definição de um direito e, junto com ele, a sua tutela em caso de vulnerabilidade ou exposição ao perigo porque, caso haja direito sem forma de tutela, enfrentaríamos uma carência da própria efetividade deste direito por não poder ser tutelável em via jurisdicional. O direito não seria realizável e, sendo o direito um fim e meio ao mesmo tempo, este sem forma de tutela alguma nunca conseguiria sua finalidade, isto é, a sua fruição, seu gozo⁶⁸.

Note-se que as formas de tutela não podem ser confundidas com a delicada questão da efetividade do processo, pois devemos partir primeiro da existência real e amparada pela norma de que existe uma tutela material, fato que seria um antecedente ao tema da efetividade do processo sobre este direito a ser tutelado jurisdicionalmente. Se o processo deve estruturar-se com as formas de tutelas

⁶⁷ Ibidem, p. 245.

⁶⁸ Importante lição de Rudolph Von Ihering na sua obra *Luta pelo direito* em que indica que o meio para alcançar o direito é a luta, e se adicionarmos a isso que a luta pode ser homologada ao processo, conseguiremos enxergar o processo como luta verdadeira para a tutela dos direitos, mas sob a lente de uma tutela jurisdicional aplicada diretamente ao juiz para fornecer uma técnica ou procedimento em caso de inexistência de norma que o regulamente, seria impossível atingir essa realização do direito que Ihering veicula por meio da luta.

fornecidas pelo direito material, então deve existir uma relação de compatibilidade entre as técnicas processuais com as formas de tutela que requererão tutela jurisdicional, mas sempre tendo em consideração que se for para ativar o aparato jurisdicional na busca de tutela jurídica dos direitos, é porque temos advertido e identificado uma forma de tutela que o legislador, no seu dever de legislar, afirmou e, concomitantemente, atribuiu um direito⁶⁹.

A tutela fática, destarte, requer do Estado a fiscalização e verificação do cumprimento de normas. No pleno exercício do poder de polícia, é óbvio que o Estado deve, além de verificar o cumprimento e realizar atividade material, também sancionar aos que não alinham a sua conduta aos dispositivos normativos. Assim, o administrador público ao investigar, detectar, fiscalizar e sancionar presta verdadeira tutela aos direitos fundamentais.

Se o direito à tutela jurisdicional efetiva é o direito que possibilita a proteção jurídica dos direitos fundamentais e do direito material, é notório afirmar que o Estado está incumbido do dever de emitir normas que garantam e definam formas de tutelas jurisdicionais, procedimentos e técnicas que possibilitem prestar resguardos aos direitos, pois trata-se de uma afirmação da tutela prometida pelo Estado. Lembra-se aqui as lições de Hesse, para quem os direitos fundamentais são, de certa forma, dependentes de procedimentos que visem a tutelá-los e, adicionamos, com a finalidade de exprimir aquela eficácia social ou efetividade apregoada na classificação de cargas eficácias proposta no início do capítulo. Pois bem, a relação existente entre direitos fundamentais e a sua especificação mediante a tutela jurisdicional efetiva, como direito fundamental, a encontramos na afirmação de que sendo este direito a tutela jurídica um *status activus processualis*, importa, desde logo, uma prestação estatal de formatação de normas que modelem procedimentos. Os próprios direitos fundamentais não só exigem um *simples* procedimento para serem satisfeitos, na verdade, exigem que o procedimento seja

⁶⁹ Di Majo tem se manifestado a respeito explicando que *na linguagem do 'direito subjetivo', os direitos precedem o momento da tutela, representando, esta, um mero efeito esperado do direito*. Cf. DI MAJO, Adolfo. *Forme e tecniche di tutela*. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. v. I. Napoli: Jovene, 1989. p. 24. Embora genérico o fundamento do professor romano, importa salientar, da mesma forma que ele o faz, que o momento da tutela, neste caso, jurisdicional, sempre será um *posterius* ao momento do estabelecimento do direito subjetivo. Contudo, se quisermos refinar o ditado do privatista romano, devemos advertir que ele não faz menção em *formas de tutela*, deixando transparecer que esta tutela unicamente estaria satisfeita no fato de instituir ou declarar um direito subjetivo. Pelo contrário, se utilizarmos a terminologia forma de tutela material, entenderíamos que, com a instituição de um direito fundamental ou subjetivo, vem a determinação da tutela material que lhe corresponderia.

modelado ou desenhado de acordo com as particularidades e formas de tutela que o legislador tenha instituído para o direito material ou fundamental.

A passagem do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ganha importância por ser considerada como um dos meios e inclusive o único para alcançar resultados conforme os outros direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, assegurar sua eficácia pela via do aparato estatal processual. Com razão, se a autotutela foi vedada pelo Estado, impedindo a justiça pela própria mão, a aplicabilidade e futura efetividade dos direitos fundamentais e materiais só podem depender do órgão que goza do monopólio da justiça em um país. Assim, ao ser titular de um direito à existência de um aparato posto pelo Estado para a tutela dos direitos, o cidadão pode exigir essa proteção e tutela com o intuito de levar à realidade prática todos os efeitos e as situações de vantagem que lhe são outorgados a todos os direitos. Caso não existisse um sistema de proteção jurisdicional dos direitos, esta tutela prometida pelo Estado – como dever de prestação – seria uma mera realidade virtual, preferir-se-ia a autotutela. Não obstante, diante da falta de lei que regule ou concretize este direito fundamental à tutela jurisdicional ou outros direitos processuais derivados, o juiz pode e deve aplicar diretamente este direito fundamental à tutela jurisdicional e instituir, modular, modificar e acomodar o aparato que lhe foi encarregado de conduzir para tutelar o direito.

Mas o tema reveste-se de certa dificuldade; o juiz, ao aplicar diretamente direitos fundamentais não normatizado infraconstitucionalmente, de cunho material ou inclusive o próprio direito à tutela jurisdicional efetiva, estará aplicando de forma direta tais direitos, podendo restringir a liberdade do outro cidadão que irá suportar os efeitos desta aplicação direta. Como tem salientado Marinoni, dado que o juiz com esta prática pode interferir na esfera de liberdade privada, o juiz unicamente estaria chamado a esta aplicação caso o legislador não tivesse prestado esta tutela normativa *supra* mencionada. Nesse caso, ao juiz cabe a tutela deste direito por insuficiência de proteção mediante o meio que traga menor restrição possível para o sujeito – especificamente, por exemplo, à cláusula geral do art. 461º do CPC Brasileiro. A aplicação direta do direito fundamental por parte do juiz ante a insuficiência normativa exige dele uma verificação do princípio de proporcionalidade,

manifestado na regra do meio que implique menor restrição a outro titular de outro direito⁷⁰.

Por fim, essa tríplice conceituação de tutela dos direitos, impõe-nos evidenciar o direito fundamental à tutela jurisdicional, já definida por ser direito com função prestacional e do tipo de direito à organização e ao procedimento. Qual será a eficácia que diferencia o direito fundamental à tutela jurisdicional dos outros direitos fundamentais?

2.4.2 A aplicabilidade direta do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

A eficácia direta é um tema que tem a ver com a aplicabilidade dos direitos fundamentais sobre o poder estatal, adjetivando-se por ser imediata, ou melhor, por prescindir de qualquer mediação legislativa para produzir os seus efeitos no mundo dos fatos, efeitos estes que impactam nas relações indivíduo-Estado.

A eficácia entre particulares, ou também chamada de eficácia horizontal (*Drittwirkung*), é a aplicabilidade e oposição dos direitos fundamentais nas relações de direito privado, em que os polos tanto ativo como passivo – titularidade do direito e dever de cumprir o direito fundamental – são tomados por particulares, por indivíduos pertencentes ao âmbito privado, sem aparição alguma do Estado.

Acirradas colocações foram feitas por parte da doutrina na indagação se esses efeitos entre privados necessariamente deveriam passar por uma intermediação legislativa, isto é, regulamentação infraconstitucional com o intuito de propagar os efeitos nestas relações entre terceiros. A princípio, precisar-se-ia intermediação legislativa, pois a vagueza das normas definidoras de direitos fundamentais podem, em uma interpretação jurisdicional, interferir na esfera privada do sujeito que se verá no polo passivo da relação. Em verdade, quanto maior seja a casuística ou normatividade ou densidade, mais refinadas ou detalhadas são as condutas a ser impostas pelo direito fundamental, na relação dos privados, pela mencionada atuação legislativa. Se a eficácia horizontal deve estar acompanhada de mediação legislativa, devemos indagar qual seria o panorama caso o legislador

⁷⁰ MARINONI, 2012a, op. cit., p. 85; MARINONI, Luiz Guilherme. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Trad. Aldo Zela. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 310-311; CANARIS, op. cit., p. 138.

se omitisse de tutelar normativamente os direitos fundamentais reservados para as relações entre particulares.

Sendo assim, quando o legislador não cumpre com o seu dever de legislar, configurando-se, destarte, omissão de legislação, está negando estrutura normativa que possa viabilizar sua eficácia ante terceiros. Nesse sentido, seria uma piada de mal gosto advertir aos particulares, titulares de direitos fundamentais, que a eficácia dos seus direitos fundamentais deve aguardar até a atuação legislativa ser produzida. Dessa forma, não regulamentar direitos fundamentais para permitir sua eficácia ante terceiros, e, ainda pior, pensar em inaplicação direta, significaria suspender qualquer eficácia desses direitos, impedindo-os de serem aplicados diretamente. Para isso, é melhor comunicar aos particulares que os seus direitos dependem de lei. Como tal cenário é uma afronta ao constitucionalismo e, sobretudo, à força normativa da Constituição, precisar-se-á do juiz para fornecer uma aplicação direta dos direitos fundamentais. Em verdade, devemos lembrar, novamente, que tal como indicado por Sarlet, muitas vezes essa aplicabilidade dependerá unicamente do juiz em caso de inexistência de mediação legislativa. Com a direta aplicabilidade destes direitos por parte do juiz, permite efetivar os direitos fundamentais, pois esta eficácia social ou efetividade pode ser materializada por quem aplica e tutela os direitos fundamentais.

Perante essa falta ao dever de prestar uma tutela normativa aos direitos fundamentais, o juiz não pode depender do trabalho legislativo – ou sua ausência – e menos ainda ficar atrelado à inércia do legislador. Partindo de uma concepção do juiz como agente político de poder e não mais um burocrata, somado ao fato de ser devedor de tutela dos direitos fundamentais e materiais, depreende-se a exigência de ser o juiz quem aplique os direitos fundamentais diretamente às relações privadas. Contudo, o problema residirá no que foi identificado linhas acima. A aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do juiz pode acarretar invasão à esfera de liberdade do sujeito que irá suportar os efeitos da aplicação direta. Nesse tom e como já temos salientado, o juiz deverá ponderar entre direitos fundamentais e ao mesmo tempo evitar que a aplicação direta não constitua situação de violência para o outro sujeito. Isso tudo, no que tange à aplicabilidade dos direitos fundamentais materiais.

Aceitada a aplicação direta dos direitos fundamentais, via a atividade do juiz, entenderemos que é o juiz quem mediará os efeitos do direito fundamental material,

em princípio, tutela normativada pelo legislador. Se a aplicabilidade jurídica dos direitos fundamentais diante de terceiro deve ser originariamente tutelada ou mediada pela norma produzida na casa parlamentar, é possível que a jurisdição intermedeie os efeitos do direito fundamental mediante a atuação e aplicação feita pelo juiz. O legislador pode omitir seu dever de tutelar os direitos com sua função legiferante, mas isso não obriga, automaticamente, o juiz a perpetuar essa omissão e permanecer sem fornecer tutela ou proteção aos direitos fundamentais.

Ao afirmar que a categoria 'direito fundamental prestacional' implica falar em termos de direitos subjetivos a receber algo do Estado, queremos evidenciar que deve existir uma tríplice tutela, isto é, normativa, fática e jurisdicional. Caso não haja uma tutela normativa ou fática, o juiz tem o dever constitucional de dar proteção a esses direitos fundamentais que não foram protegidos pelo legislador e, *per se*, denota inconstitucionalidade por omissão. Como adverte Canaris, o juiz, ao aplicar os direitos fundamentais, tem o dever de controlar a insuficiência da tutela, mas nunca o excesso, pois como não existe norma ou lei que tenha deflagrado os efeitos da norma constitucional definida de direitos fundamentais, ainda fica reservada ao legislador futura intervenção para desenhar o conteúdo e os limites deste direito fundamental. Como ainda não existe mediação legislativa e o juiz é o chamado a aplicar o direito fundamental de forma direta – isto é, o texto constitucional –, deve verificar se existe, primeiramente, alguma proteção. Caso não exista tal proteção, o direito fundamental deve ser tutelado pela sua função de proibição de insuficiência, mas não de excesso. Como tutelar um direito fundamental não desenvolvido infraconstitucionalmente alegando excesso? Responde-se a tal questionamento com o apoio de Canaris, para quem a função de imperativo de tutela, em princípio, carece de mediação legislativa. Esta não fica, por tal circunstância, subtraída às disposições do legislador ordinário. Assim, ao tutelar normativamente o direito fundamental, o legislador pode mover-se no terreno da proibição de insuficiência ou de excesso. Reitera-se, isso é tarefa reservada ao legislador no exato momento de tutelar normativamente o direito fundamental. No que tange à intervenção jurisdicional, afirmamos que ao juiz estão reservadas esta tutela e aplicabilidade unicamente pelo controle da proibição de insuficiência, não da de excesso⁷¹.

⁷¹ Ver novamente, CANARIS, op. cit., p. 138 e, RIO GRANDE DO SUL – TJRS. **Ação Rescisória n. 5992631836**. CC, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, julgado em 26/04/2000. Ver, todavia, ÁLVARO DE

Em contrapartida, essa praxe muda quando se tenta explicar a aplicabilidade do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Como o Estado e o juiz estão preocupados com a efetiva tutela dos direitos e desde que a autotutela é vedada, reservando-se o Estado para si a administração de justiça, permanece pacífico que a eficácia ou aplicabilidade desse direito impõe um *fazer* ao juiz e ao legislador. Nesse teor, não existe eficácia horizontal deste direito, pois, como visto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva vincula ao juiz e legislador, sendo que eles, seja por uma norma procedimental, seja por uma atuação da jurisdição, poderão prestar tutela aos direitos fundamentais ou materiais dos particulares. Ressalte-se, contudo, que se os direitos fundamentais *materiais* exigem uma tutela do juiz, o dever de potencializar estes direitos também reside no direito à tutela jurisdicional efetiva; ideia que nos levará a cogitar que o juiz, tutelando este direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pode verdadeiramente modelar um procedimento ou técnica adequada, inclusive quando esta inviabilize a prestação jurisdicional ou quando por inércia do legislador, este não tenha instituído norma processual alguma para concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Todo o exposto nos leva a concluir que os direitos fundamentais, sem distinguir entre processuais ou materiais, são tidos como direitos constitutivos, institucionais e com ampla e forte potencialização. Por evidência; se a necessidade de tutela jurisdicional é compreendida como proteção que o juiz realiza para os direitos fundamentais dos indivíduos, é correto pensar que o juiz e legislador devem velar cada um deles pela tutela e dever que lhes toca realizar, isto é, uma tutela jurisdicional e uma tutela normativa – logicamente, definindo técnicas e procedimentos. Somente pode ser dada uma efetiva tutela aos direitos fundamentais, com atuação jurisdicional e repertório normativo desenvolvendo este direito fundamental à tutela jurisdicional⁷².

Ademais, a aplicação imediata do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva também traz consigo a revogação tácita das normas anteriores que pudessem contrariar este direito fundamental⁷³, não se pode negar que essa

OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional**. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Editorial Communitas, 2008. p. 71.

⁷² MARINONI, 2007, op. cit., p. 231.

⁷³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 41.

legislação que inviabilize ou prejudique o direito fundamental à tutela jurisdicional deva ser excluída do ordenamento jurídico. Se assim o for, e se existe inconstitucionalidade pela ação legiferante do parlamentar, é lícito pensar que diante da inexistência de norma ou lei que institua técnica, sentença, procedimento ou medida jurisdicional qualquer para tutelar e efetivar o direito, o juiz, diante dessa ausência inconstitucional, não deve, unicamente, utilizar e exercer o poder que lhe foi dado pela Constituição, em respeito ao seu dever de tutela. Marinoni afirma que essa inexistência de norma produzirá que o juiz deva suprir essa insuficiência de regra processual, tendo os olhos nas exigências do direito material que reclama proteção⁷⁴. Isso significa dizer que se o Estado, para ser um Estado Social de Direito passou a erradicar a autotutela para se atribuir a tutela dos direitos mediante a jurisdição, resta claro que o império da justiça poderá ser assegurado se esta jurisdição pode real e efetivamente, tutelar um direito fundamental ou material. A patologia que implica uma inexistência de norma que possibilite esta tutela faz transparecer total desinteresse de o Estado cumprir seu dever de proteção. Para isso, seria até lícito indicar que o Estado, quando não tutela normativamente o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, apresenta-se como impotente e incapaz de legislar *in toto* e concretizar esse direito. O legislador reconhece sua impossibilidade de legislar e, por isso, como decorrência desta falta de completude, tendo em vista o poder concretizador e tutelar do juiz, instituirá regras processuais abertas, em decorrência da tutela jurisdicional efetiva⁷⁵.

E mais, se o direito fundamental tem aplicação direta sobre órgão estatal jurisdicional, pode-se afirmar que este direito fundamental de natureza processual repercute lateralmente sobre o particular, tal qual asseverado por Marinoni⁷⁶. Como é óbvio, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva possibilita que o particular, o cidadão, reclame tutela jurídica do Estado, mas não pode ser cogitado que este direito fundamental possa ter eficácia entre particulares, dado que o direito fundamental referido tem âmbito de atuação dentro de um processo.

Por último, ao se falar em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para a correta compreensão, devemos afirmar que esta pode ser mediatizada pela decisão emanada do juiz, verificando, destarte, a total eficácia dos direitos

⁷⁴ MARINONI, 2012a, op. cit., p. 88.

⁷⁵ Sobre as regras processuais abertas, ver amplamente o Cap. IV.

⁷⁶ MARINONI, 2012a, op. cit., p. 87.

fundamentais quando se trata da sua relação horizontal entre particulares. Contudo, essa eficácia horizontal mediata deve ser utilizada caso o legislador tenha se omitido de regulamentar infraconstitucionalmente esses direitos fundamentais materiais. De qualquer forma, perante a inexistência dessa normatividade, o juiz, decidindo, deverá servir de fio condutor para a aplicação, desta vez, mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ressalve-se que, apesar da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações de direito privado e, mesmo porque existe uma miríade de doutrinas e posições favoráveis e desfavoráveis no que tange ao tema da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, urge indicar que a dissonância de vozes nesta seara impede-nos de aprofundar o tema da eficácia horizontal.

O fundamento a ser retirado do que tem se falado sobre a tutela jurisdicional efetiva reside em que esta distinção praticada entre eficácia horizontal mediatizada pelo atuar jurisdicional e da eficácia vertical com repercussão lateral ou, como nós conceituamos, como eficácia 'reflexa', permite compreender que o juiz não poderá ficar preso à inércia legislativa, quer por inexistência de norma que concretize um direito fundamental material, quer por inexistência de norma concretizadora de um direito fundamental processual. O juiz ao prestar uma tutela deve levar em consideração que pode enfrentar uma potencial omissão legislativa e, nessa banda, facultar pelo uso de poder discricionário e observando regras de menor restrição, a aplicação direta de um direito fundamental e, inclusive, moldar o próprio procedimento ou utilizar técnicas processuais não regulamentadas infraconstitucionalmente. Encerrando a ideia, junto com Gonzalez Pérez e o barcelonês Joan Picó i Junoy, aponta-se que "o Estado ao ser obrigado a garantir o direito à tutela jurisdicional efetiva, direito evidentemente prestacional, imporá ao Estado a observar uma série de obrigações por parte de quem deva realizar a atividade prestacional"⁷⁷. Se o legislador falha no seu dever, não existe fundamento algum para permitir que esta inércia contamine o poder jurisdicional do juiz.

⁷⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., p. 53; PICÓ I JUNOY, op. cit., p. 25.

2.4.3 Técnica processual adequada e tutela jurisdicional dos direitos

Foi afirmado que a multifuncionalidade dos direitos exige prestações de proteção provenientes do Estado. Ora, se lhe são exigidas diversas condutas diante dos direitos fundamentais ou materiais, isso quer significar que o Estado deve protegê-los, mas essa proteção não pode ser resumida – ou reduzida – exclusiva e excludentemente à proteção ou tutela jurisdicional.

Mediante dispositivos normativos o Estado protege os direitos quer definindo-os, quer reconhecendo e outorgando-lhes uma forma de tutela ou de proteção no âmbito material. Essa proteção – várias vezes mencionadas – adota o qualificativo de proteção normativa ou dever de tutela normativa com o que o Estado tem se ocupado desde que reconheceu os direitos fundamentais como mandatos de tutela. Certamente, ganha relevância mencionar uma outra forma de tutela dos direitos, chamada de tutela fática ou material, que é inerente ao direito administrativo, especificamente ao administrador ou fiscalizador. Semelhante forma de proteção aproveita o poder de polícia do Estado para, mediante a perseguição, fiscalização e sanção, impor a observância das normas de direito instituídas com o intuito de proteger uma finalidade pública.

Pois bem, se a tutela jurisdicional é espécie do macrossistema da tutela dos direitos, o matiz entre tutela jurisdicional e tutela dos direitos pode ser percebido na clássica e trilhada proclamação de que a tutela jurisdicional efetiva, exercida pelo juiz, deve atender ao direito material, com o que se repetiria o ditado chiovendiano: o processo dever dar tudo aquilo e exatamente aquilo que se tem direito de obter. Em verdade, resta óbvio indicar que tanto a tutela normativa dos direitos quanto a tutela jurisdicional devem ser complementares, de tal sorte que a primeira possa proteger, efetivar e materializar os direitos não só definidos, mas também conferindo especial forma de proteção material por meio da atividade legiferante. Assim, se a tutela dos direitos não está preocupada tão somente com a idoneidade da pré-ordenação do processo, fica claro que a tutela jurisdicional passa por ser entendida a partir e para as formas de tutela definidas pelo legislador. Ditas formas de tutela material, ao serem definidas pelo legislador, impõem que este mesmo pré-ordene normativamente meios de proteção jurisdicional adequados às necessidades e proteções dadas pela norma quando os direitos são violados ou expostos ao perigo ou à ameaça de perigo sem verificação de dano.

Reitera-se: um direito é potencialmente tutelado desde que lhe forem garantidas a disponibilidade e a eleição de uma forma de tutela ou proteção material. Este fato postularia a necessidade de entender complementarmente a atribuição de direitos e a existência de posições jurídicas protegidas, homologando esta última categoria – *posição jurídica protegida* – com o direito a ter uma forma de proteção afirmada pelo parlamentar.

Neste ponto, não deve ser algo misterioso diferenciar forma de proteção dos direitos de tutela jurisdicional. Veja-se: comerter-se-ia evidente contrassenso afirmar que o direito a uma posição jurídica protegida é garantido e previsto na legislação processual. Tal preocupação unicamente pode ser descoberta em quem, surpreendido, noticia que a tutela inibitória, desde que não seja reconhecida no diploma processual, carece de existência. Novamente, formas de tutela e proteção material dos direitos (p. ex., a tutela civil inibitória) descansam tranquilamente nos dispositivos normativos materiais. Entretanto, o direito à tutela jurisdicional é apenas monoexpressão do ônus de o Estado proteger integralmente os direitos uma vez que por essa forma jurisdicional de proteção, é que são instituídos procedimentos e técnicas processuais capazes de viabilizar a obtenção da tutela material do direito prometida pelo Estado e plasmada nas normas do espectro material. A legislação processual – tutela normativa do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – precisa atentar para as técnicas e medidas capazes de materializar as formas de proteção, seja inibitória, de remoção do ilícito, de indenização do dano, adimplemento de prestações etc. Desse modo, não existe nenhuma dúvida que esta forma de tutela – jurisdicional – representa característica da civilização da sociedade contemporânea, pois a tutela jurisdicional efetiva tem como fundamento o fato de ter sido banida a autotutela. Nas palavras de Greco Filho⁷⁸, “o direito fundamental à tutela jurisdicional está a prestar cuidado e efetivação dos direitos e concreção da forma de tutela material dado que isto se deve à circunstância de o aparato estatal ter proibido a solução dos conflitos” – e, adicionamos, a proteção individual dos direitos – com a lei do mais forte.

Se o juiz outorgou tutela jurisdicional do direito veiculada em sentença de procedência ao pedido do autor, resta indagar sobre a pré-ordenação das técnicas processuais e sua amalgamada relação com a efetividade da tutela jurisdicional.

⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. V. I. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. P. 28.

Como foi tratado outrora, a tutela jurisdicional do direito precisa de um *modus operandi* que permita exteriorizar o decidido e dar o bem da vida perseguido pelo autor que, muitas vezes, compreende desde uma simples declaração até uma complexa execução de prestações de fazer ou não fazer. Com as técnicas processuais – variedades de sentenças e medidas executivas diretas ou indiretas – verificam-se a especificidade e adequação da tutela que prometeu o Estado ao impedir a justiça de própria mão.

Entende-se que uma tutela jurisdicional do direito contemporânea já ultrapassou o péssimo viés de considerá-la como ferramenta para a declaração dos direitos⁷⁹ ou para a chiovendiana aplicação da vontade da lei, como bem o queria o paradigma racionalista. Convenha-se: a realização prática dos novos direitos que na maioria das vezes – senão, sempre – exigem prestações de fazer ou não fazer do réu, impossível é satisfazê-las com vazias declarações do juiz. Para efetivar os direitos – e o ordenamento jurídico como totalidade –, espera-se do Parlamento a instituição normativa de técnicas que viabilizem este resultado jurisdicional, permitindo palpável alteração no mundo do ser e nas esferas jurídicas das partes. Porém, argumentos subsequentes sobre a compreensão e utilização de técnicas processuais – e, em específico, das medidas executivas abertas – serão defendidos no quarto capítulo da dissertação.

2.4.4 Em torno da diferenciação entre tutela jurisdicional dos direitos e tutela jurisdicional *lato sensu*

Quem pretenda diferenciar a tutela jurisdicional do direito material da tutela jurisdicional, digamos, *lato sensu*, deve proceder a uma detalhada observação do resultado do processo, isto é, da produção de uma sentença de procedência ou improcedência do pedido postulado pelo autor.

Nesse tom, o juiz tutelar jurisdicionalmente o direito material, ou melhor dizendo, reconhecerá a pretensão à tutela material do direito quando este reconheça a procedência do pedido do autor. Exemplificando, existirá tutela jurisdicional inibitória quando o juiz tenha comprovado que o autor soube demonstrar a futura

⁷⁹ Para uma teorização da ação declaratória como único meio de tutela jurídica ou de proteção ao direito, V., WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962.

ocorrência de atividade contrária ao direito. Aqui, a proteção jurisdicional do direito prestada pelo Estado-juiz é veiculada por meio de uma sentença que, ao reconhecer o pedido, transporta a forma de proteção material do direito ao mundo dos fatos.

Em inovador estudo⁸⁰, Marinoni tem definido a tutela jurisdicional do direito como necessidade de prestação jurisdicional a ser pensada na perspectiva do consumidor de justiça e desde as suas necessidades materiais, pois, adicionamos, ingênuo seria pensar em uma tutela jurisdicional que numa tentativa de esvaziamento, pretenda autotutelar-se, isto é, tutelar o próprio instrumento, despido de pretensão material alguma. Logicamente, a tutela jurisdicional do direito revela uma preocupação com o resultado prático-substancial do processo, permitindo, destarte, a afirmação da existência de tutela jurisdicional do direito quando o juiz julga procedente a ação.

Afigura-se pacífico que o direito incondicionado de ação, ao permitir o acesso à justiça mediante um procedimento com todas as garantias e dando às partes os mecanismos para influenciar no convencimento do juiz, implica efetivo exercício do direito que todo cidadão tem de utilizar o meio idôneo para a tutela jurisdicional dos direitos⁸¹. Veja-se que a atenção não é para a concessão do pretendido pelo autor, mas para o exercício que ao autor é facultado de gozar e usufruir do instrumento de tutela dos direitos. Por tal fundamento, toda sentença que não reconheça o pedido do autor ou a pretensão de tutela material, evidentemente não presta tutela jurisdicional do direito, mas unicamente tutela jurisdicional. A sentença proferida pelo juiz, se for de improcedência, prestou tutela jurisdicional na estrita medida que abraçou aos litigantes na realização do direito que eles têm de participar no meio civilizado de tutela dos direitos. Ora, a tutela jurisdicional goza da potencialidade de tutelar o direito material quando o provimento final e decisivo faça jus ao autor.

Assim, não se pode comungar da tese fundamentada na afirmação de que tão somente existe tutela jurisdicional quando há sentença de procedência⁸² e, *contrario sensu*, a sentença de improcedência jamais teria prestado tutela jurisdicional. Lembra-se que a tutela jurisdicional *lato sensu* é resposta ao dever que

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Safe, 1994. P. 11.

⁸¹ Ibidem.

⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 61.

lhe é imposto ao Estado-juiz de as partes poderem participar do processo. Isto é, a tutela jurisdicional é dada, a pesar da procedência ou não da sentença, quando existe resposta do pedido de tutela jurisdicional do consumidor de justiça, revestida esta resposta (processo) com as garantias mínimas constitucionais.

2.5 O DIREITO DE AÇÃO E SUA CONFIGURAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA TUTELA ADEQUADA

2.5.1 Considerações preliminares

Conhecida é entre os estudiosos do processo civil a antiga teorização do direito de ação como mero direito formal a uma sentença que trouxesse uma resposta diante de um conflito de interesses acontecido entre dois sujeitos ou, também, como direito posto aos jurisdicionados para esclarecer alguma incerteza jurídica por meio de um provimento declaratório. Esta definição tomada da processualística peruana⁸³ também encontra seu par na doutrina moderna brasileira das décadas de setenta e oitenta, plasmada, *a posteriori*, em vários manuais e cursos de direito processual. O fio condutor desta doutrina moderna brasileira encontra-se na ideia de que o direito de ação é um direito ou poder de exigir um provimento jurisdicional final ou, especificamente, no processo de conhecimento, como o poder de exigir a sentença que julgue o mérito da causa ou ainda o direito à sentença de mérito⁸⁴. Do mesmo jeito, pode ser encontrada uma definição estritamente processual e autônoma do direito de ação, Dinamarco, Pellegrini e Cintra Araújo salientam que a ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação, provoca-se a jurisdição que por sua vez se exerce por meio daquele complexo de atos que é o processo⁸⁵. Prosseguem os professores indicando que “constitui conquista definitiva da ciência

⁸³ MONROY GÁLVEZ, Juan. **La formación del proceso civil**. 2. ed. Lima: Palestra Editores, 2004. p. 225.

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 307-308.

⁸⁵ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 265. Contudo, não deve se confundir o direito de ação com a ação, pois o primeiro é uma situação jurídica que exige do Estado uma regulamentação que permita exigir um procedimento adequado e técnicas respeitantes do direito material, ao passo que a simples ação é ato jurídico que implica a exigência de tutela veiculada por meio da demanda. Feita essa ressalva, pelo tom das doutrinas citadas, sejam peruanas ou brasileiras, é evidente que se trata do direito de ação ao tentar teorizá-lo como direito autônomo e abstrato, independente do direito material, teoria que, como sabemos, levou o processo à neutralidade. Cf. DIDIER JR., op. cit., p. 200.

processual o reconhecimento da autonomia do direito de ação a qual se desprende por completo do direito subjetivo material”⁸⁶.

Essa visão do direito de ação imersa unicamente no âmbito processual, como é notório, tem impedido ao juiz, legislador e doutrinador compreender que a autonomia ganha pela ciência processual acabou tornando-a neutra e indiferente em relação ao direito material. Como vemos, essa aventura de erradicar do processo as influências do direito material foi caríssima à processualística que vinha renascendo nos anos setenta.

Veja-se como nunca se toca ou fala sobre a ação de direito material. Aliás, em vários países que ainda conciliam uma teoria geral do processo *desde e para o* processo, falar em terminologias de ação material, pretensão material ou relação jurídica material é empenho sem valor algum, dado que o processualista científico tem entendido, que vedada a autotutela, resta unicamente o aparato jurisdicional para requerer esta solução de conflitos. É lícito afirmar que ainda inexistiam ânimos de poder conciliar o direito e processo, sem isso importar se reincidir no sincretismo entre a ação processual como mera extensão da ação material. Esse divórcio entre ambas as categorias que desaguou na teoria abstrata da ação, impôs uma forma negativa e até pejorativa de pensar o processo sob a lente do direito material. Assim, configurava-se heresia alegar que a ação processual deveria espelhar a ação material e o seu resultado pratico real se a autotutela estivesse permitida.

Pois bem, se o direito à tutela jurisdicional efetiva desde a perspectiva constitucional é expressão dos direitos essenciais do homem, entende-se, sob o olhar do consumidor de justiça, que a tutela jurisdicional começa a tomar forma uma vez exigida por meio do direito de ação. Evidentemente, se o Estado, ao deter a jurisdição, está incumbido do reconhecimento da eficácia ao direito fundamental à tutela jurisdicional, a perspectiva material da ação processual é essencial para a realização das finalidades da jurisdição⁸⁷. Daí que devam ser afastadas ou não levadas em consideração propostas maniqueístas atuais que expurguem de conteúdo e importância a ação de direito material e também, deve-se cuidar também de não cair no equívoco de que o direito de ação a uma tutela adequada importa

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **La instrumentalidad del proceso**. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra Editores, 2009. p. 255.

falar em termos de ações típicas⁸⁸.

2.5.2 O direito fundamental de ação como direito a uma técnica adequada ao direito substancial

Pioneiro na visão do direito de ação como direito à técnica adequada, o professor Marinoni advoga pela consideração do direito de ação como reflexo no âmbito subjetivo da atividade jurisdicional do Estado, ou melhor, do dever de tutela jurisdicional do Estado-juiz. Some-se a isso que, ao ser o princípio de inafastabilidade da jurisdição uma garantia que exige do Estado não impedir ou inviabilizar a tutela dos direitos, requer ainda do Estado o dever de prestar tutela às mais variadas situações e hipóteses de conflito, sem poder alegar insuficiência ou inexistência de norma ou material ou fundamental para tal prestação.

⁸⁸ Precisa-se fazer um alto para tecer considerações complementares ao tema da ação material e processual visando a um entendimento aprofundado. Assim, o encontro da efetividade do direito aparecerá quando relacionados sejam os planos do direito material e do processual. Contudo, ao isso não ser bastante nem satisfatório, outorga-se à ação a possibilidade que por meio do seu exercício a tutela do direito veja-se praticada e realizada tal como teria sido se a autotutela não tivesse recebido o veto do Estado. Diagnosticando a doutrina processual peruana em relação ao este tema, é fácil concluir que existe equiparação entre ação material e pretensão material. Contudo, não nos preocuparemos em diferenciar ou especificar o entendimento sobre a ação e a pretensão material. Pelo contrário, evidenciaremos que no Peru inexistente tentativa de tratamento interdependente dessas categorias – ação material e processual – para aprimorar o aparato jurisdicional e a tutela a ser prestada. Monroy Gálvez afirma que a pretensão processual diferencia-se substancialmente da pretensão material, pois o titular da última goza de ampla liberdade no exercício da sua exigência para requerer o cumprimento. Não é que esteja habilitado para fazer tudo aquilo que o pretensor quiser. Ora, o titular de uma pretensão de direito processual, isto é, o autor, deve regular sua conduta – e assumimos que o seu pedido também – às normas processuais. Cf. MONROY GÁLVEZ, 1996, op. cit., p. 273. Na posterior obra do professor peruano, na *formación del proceso civil peruano*, o ilustre processualista adverte que quando a pretensão material não é satisfeita o titular deste carece de outra alternativa para obter que tal fato aconteça, restando o caminho à jurisdição. Prossegue o processualista referindo que o titular da pretensão material, utilizando a ação pode torná-la em pretensão processual que não é mais do que a manifestação da vontade por meio da qual veicula uma exigência a outra parte através do Estado (órgão jurisdicional). Cf. MONROY GÁLVEZ, 2004, op. cit., p. 226.

Algumas objeções devem ser feitas. Note-se que no esclarecedor trecho citado acima, não existe diferenciação entre pretensão e ação processual e material. Ressalte-se, aliás, que ainda não pode ser advertida alguma preocupação de como a pretensão processual não deve ter alguma influencia ou modelação da pretensão material. Sabe-se que a ação processual deve revestir-se de coincidência e compatibilidade com o efeito que teria o exercício da ação material. Se a ação direta foi cerceada da autonomia humana para atribuir ao processo a civilização na resolução de conflitos e na tutela dos direitos, afigura-se óbvio que não pensar na ação processual destituída de condições e medidas para realizar a ação material, então a tutela dos direitos é uma tarefa de fracasso para o Estado. Porém, com entendimento atualizado ao microparadigma processual atual, Monroy Palacios observa que a superação da cientificidade e autonomia que qualificava anteriormente à ação de direito processual sobre o direito material. Cf. MONROY PALACIOS, Juan José. **La tutela procesal de los derechos**. Lima: Palestra Editores, 2004. p. 130. Ver também, DIDIER JR. op. cit., p. 25; CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideologías, Sociedad**. Buenos Aires: EJE, 1974a. p. 5; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 447.

Nesse sentido, o princípio de inafastabilidade conduz-nos a inferir que se o Estado proibiu a justiça por própria mão, assumiu o dever e compromisso de tornar realidade as relações sociais previstas nas normas emitidas pelo próprio Estado. Esse *optimum* de coincidência entre a ação material – exigência de um bem ou um fazer na esfera material, pré-processual –, com a ação processual, deve ser visto como o direito à pré-ordenação de técnicas e procedimentos idôneos para tutelar o direito material.

A inexistência de técnica adequada ou procedimento idôneo às particularidades do direito material agora pretendido de tutela jurídica significaria que ao Estado não lhe importou a tutela dos direitos que tirou das mãos da justiça própria dos cidadãos para assumir o monopólio de prestação jurisdicional. É oportuno trazer um excerto do texto de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que trata sobre a estreita relação entre processo e autotutela originalmente idealizada pelo Conde da Cañada:

Os homens, no seu primitivo estado natural, não reconheciam autoridade nem alguém superior que os defendesse dos insultos, opressões e violências, ficavam, conseguintemente, autorizados para fazê-lo por si mesmos: a experiência permitiu que estes entenderam os graves danos a que conduziriam estes meios pois não podiam defender-se por si mesmos ou excedendo os justos limites para conservar-se, excitavam turbações que produziam maiores desavenças, injúrias e mortes. Consultando outros meios que melhorassem a segurança das pessoas sem os riscos acima indicados, concordaram unir-se em sociedade e confiar a sua defesa e a de todos os seus direitos a uma pessoa que, observando-os com imparcialidade, distribuísse seus direitos e os conservasse em paz e justiça⁸⁹.

Retire-se uma ideia base: a lei da selva e do mais forte que imperava nos primórdios da humanidade, passou pelo crivo da civilização e com a entrega deste poder de regular a vida social em conjunto, viu-se a necessidade de os futuros Estados, monopolizarem a jurisdição para controlar a sociedade. Em verdade, não é difícil acreditar que com o elenco de direitos fundamentais processuais, o mínimo que se esperava era a coincidência ou reflexo entre o que a violência poderia produzir num sistema de justiça paraestatal, com o produto elaborado pelo juiz detentor da jurisdição. González Pérez novamente teoriza que para manter a paz social não basta proclamar a exclusividade da jurisdição, a justa paz da comunidade

⁸⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 3. ed. México, 1991. p. 51,ss.

é unicamente possível na medida em que o Estado seja capaz de criar instrumentos adequados e eficazes para satisfazer as pretensões que ante ele mesmo formulam-se. Assim, se os anseios de justiça que o homem leva no mais íntimo do seu ser não encontram satisfação nos caminhos pacíficos definidos pelo Estado, por forte e brutal que se reconheça a máquina repressiva do Estado, será desbordada por aquela procura desesperada de justiça⁹⁰. Destarte, esvazia-se de conteúdo a afirmação de que o direito de ação eleva-se em nível constitucional se antes disso este não for plenamente assegurado com técnicas e meios eficazes e adequados como denota o pensamento do jurista espanhol citado⁹¹.

Para entender com propriedade o direito fundamental de ação, este deve passar pelo filtro da multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Tem se afirmado linhas acima que o direito de ação permite a existência e exigência de uma garantia ou defesa de direitos de liberdade ameaçados pelo Estado⁹². A ferramenta utilizada como defesa dos direitos de liberdade configuraria as diversas ações constitucionais prestes a tutelar direitos fundamentais. Enquanto isso, o direito de ação também pode satisfazer direitos de proteção bem como serve de canal para o direito à participação para reivindicar direitos fundamentais por meio, por exemplo, dos diferentes procedimentos próprios do processo civil. Esta multifuncionalidade, obviamente, reveste de fundamentalidade o direito de ação⁹³.

Mas, como obter uma tutela jurisdicional ou pretensão à tutela jurídica por meio do direito fundamental de ação? Essa questão molda-se no fato de o direito fundamental de ação não ser um direito para ser projetado às relações dos particulares, mas sim para comprometer o atuar do Estado com o intuito de ele mesmo saber proceder para viabilizar a efetividade desta proteção reclamada pelo direito de ação. Por onde se prefira ver, o direito fundamental de ação, ao se constituir em direito com função prestacional por parte do Estado, busca estabelecer uma relação Estado-prestador, cidadão-consumidor de justiça. Ao contrário, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva vincula-se unicamente ao Estado, basicamente ao legislador e juiz, e não incide sobre as relações entre privados. Esses efeitos do direito fundamental processual incidem de forma reflexa ou lateral,

⁹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., p. 23.

⁹¹ Ver também nesse sentido, MARINONI, 1996, op. cit., p. 114-115.

⁹² Para um entendimento dos direitos processuais fundamentais como garantias constitucionais, o qual reforça a ideia de uma antiga relação entre processo e Constituição como meros direitos de defesa, ver PICÓ I JUNOY, op. cit., p. 17.

⁹³ MARINONI, 2012a, op. cit., p. 205.

mediatizando os direitos fundamentais. O contraste revela-se mais fácil de explicar ao lembrar que um direito fundamental de cunho material incide sobre o Estado para que este mediante a tríplice prestação – fática, legislativa e jurisdicional –, onere-se com a proteção destes direitos para as relações entre particulares.

O direito de ação como direito fundamental deve reconhecer o direito de ação e do acesso à justiça não como perene garantia contra alguma ingerência do Estado, mas como direito a pedir algo do Estado. Claro é que o direito de ação, ao ser derivação ou manifestação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, exige uma ação positiva do Estado voltada a tutelar jurisdicionalmente um direito material ou fundamental. Por certo, se é solicitada tutela jurídica por meio do direito de ação, a resposta do Estado para o cidadão titular desta situação jurídica ativa é o fornecimento de normas que possibilitem o uso de técnicas adequadas ao direito material junto com procedimentos flexíveis e, antes disso, outorgando o poder e responsabilidade suficiente ao juiz para poder modelar ou alterar o procedimento procurando a efetividade da tutela a ser prestada⁹⁴. Com base na processualística peruana é possível afirmar que a ação processual deve impedir que exista alguma margem diferencial, chamada assim “à disparidade entre a satisfação processual respeito da satisfação que o autor tem direito a conseguir por seus próprios meios caso a jurisdição não estivesse gravemente incumbida com a tutela dos direitos do cidadão”⁹⁵. Esta margem diferencial material – que deve inexistir na procura de uma tutela específica –, deve ser evitada sempre e quando sejam outorgadas às partes as normas definidoras de técnicas processuais, como medidas executivas abertas adequadas ao direito material, medidas coercitivas⁹⁶, busca e apreensão, em caso

⁹⁴ Assim, sem preocupação de existirem vozes dissonantes alegando que a diferenciação de procedimentos implica uma proliferação de ritos, devemos entender que esta é uma necessidade para bem atender a uma particular situação de direito substancial. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. v. V. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 32. Desmitificando o equívoco de unicamente pensar em tutelas diferenciadas e aparição de inúmeros procedimentos, novamente Marinoni pacifica tal entender alegando que graças à técnica processual responder às diferentes situações substanciais, é impossível deixar ao legislador instituir tantos procedimentos diferenciados quantas sejam as necessidades do direito material carente de tutela. Nessa seara, qualquer tentativa de infundir o pânico doutrinário indicando que a diversificação de procedimentos constitui uma praga, facilmente vê-se derruída com a teoria da técnica processual adequada, capaz de, inclusive, modificar ou alterar o procedimento já pré-configurado para atender ao direito material. Ibidem, p. 40.

⁹⁵ MONROY PALACIOS, op. cit., p. 298.

⁹⁶ A importância oferecida às medidas coercitivas como forma que integralmente satisfaz o direito é advertida por Montesano a ponto de generalizar no ordenamento italiano o uso das *astreintes* do processualismo francês. Cf. MONTESANO, Luigi. **Attuazione delle sanzioni e delle cautele contro gli obbligati a fare e a non fare**. Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice. Atti del XXII Convegno Nazionale. Milano: Giuffrè, 2001. p. 11.

de recalcitrância do recalcitrância a obrigação de fazer ou não fazer, possibilita-se a intervenção jurisdicional de agentes que possibilitem, por sub-rogação, a prestação de fazer ou não fazer e, em geral, qualquer medida necessária para atingir a tutela adequada, seja específica ressarcitória, seja de remoção de ilícito. Daí que de *lege ferenda*, conforme apresentado no apêndice, pretendamos instituir no Código Processual Civil peruano de 1993, similar regra executiva aberta como a contida no art. 461º do CPC brasileiro de 1973 e do atual art. 511º do Projeto de Reforma do Código Processual Civil brasileiro, que vem tramitando no Congresso Nacional⁹⁷.

Voltando o olhar para a técnica processual como configurador do direito de ação, torna-se necessário defini-la como elemento indissociável do processo. Vale lembrar, sob aviso de Bedaque, que a técnica, no entanto, não deve ser pervertida ao extremo de propiciar um formalismo excessivo⁹⁸. Na seara processual faz-se impossível imaginar que o processo como entidade abstrata, atingirá sua finalidade se não é movimentada através da iniciativa da parte e, sobretudo através da disponibilização de mecanismos que como um *clockwork* façam funcionar e concretizem a função do processo. Aprofundemos a ideia.

A técnica processual é elemento não teleológico do processo, pois possibilita ao juiz e às partes imersas no jogo dialético desenvolvê-la até a produção da tutela jurisdicional do direito material prometida pelo Estado. Na óptica de Marinoni, técnica podem ser os “procedimentos, sentenças e meios executivos⁹⁹”, premissa que identifica a técnica como meio e não finalidade. Preocupado em especificar o que deve ser entendido por técnica processual, Álvaro de Oliveira assevera que não é possível confundir a própria tutela jurisdicional com as técnicas utilizadas para permitir ou aprimorar a própria tutela jurisdicional¹⁰⁰. Acompanhando o fundamento do processualista gaúcho, parece-nos adequado não outorgar à técnica processual um *telos*, pois a tornaria em um fetiche a ser cultuado dentro do próprio processo, esquecendo-se que serve de meio para a tutela jurisdicional ser real e não para cultivar a forma pela forma como finalidade última do processo.

Considerando tudo o que vem sendo elaborado e re-edificando a relação umbilical entre a tutela jurisdicional efetiva e a técnica processual para efetivar o

⁹⁷ Remetemos o leitor ao capítulo IV para uma ampla fundamentação das regras executivas abertas e a oportunidade de inserção no código processual civil peruano.

⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efectividad del proceso y técnica procesal**. Trad. Juan José Monroy Palacios e Christian Delgado Suárez. Lima: Editorial Comunitas, 2010. p. 35.

⁹⁹ MARINONI, 2012a, op. cit., p. 208.

¹⁰⁰ ÁLVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 153.

direito material, não é ético equiparar o direito de ação ao poder de obter uma resolução a um conflito suscitado entre um par de sujeitos de direito. Se o direito à tutela jurisdicional é exercido por meio da ação, então esta vem a se constituir como direito a uma tutela adequada mediante o processo justo¹⁰¹. Adotando certa responsabilidade no momento de tratar sobre o direito de ação sob o enfoque constitucional próprio de uma teoria jurídica contemporânea, não basta declarar direitos, sendo mais importante que previamente se instituem meios organizatórios de realização de procedimentos adequados e equitativos, sem os quais o direito perde o seu próprio significado em termos de atuabilidade¹⁰², como bem lecionam Marinoni e Mitidiero. Essa exigência do direito de ação sobre o juiz é assinalada no mais recente trabalho sobre medidas coercitivas na Itália, onde Trapuzzano noticia que essa exigência tem induzido o legislador a intervir por meio de uma regulamentação de caráter geral para salvaguardar realmente as situações jurídicas subjetivas que antes foram privadas de um sistema adequado de tutela¹⁰³. Sinal disso é a introdução do art. 614° *bis* no *Codice di Procedura Civile* italiano no ano 2009, inaugurando uma regra geral de medidas coercitivas.

Ao lado disso, a estruturação técnica do direito de ação e o que este oferece ao titular do direito deve respeitar o direito material que influi sobre o resultado do processo. Como foi advertido, se o direito de ação faculta-nos exigir tutela efetiva do Estado por meio da ação processual, nada melhor para o legislador basear-se no princípio de adequação – *principio de adeguatezza* – ao ser elemento norteador para a outorga de tutela jurisdicional do direito. Taruffo tem defendido, assim, que a conexão entre situação substancial necessitada de tutela e técnicas de atuação executiva – ou técnicas processuais em geral –, vem a se colocar na base do princípio de adequação, mediante o qual cada direito deve encontrar atuação no instrumento executivo mais idôneo e eficaz em função da específica necessidade do caso concreto¹⁰⁴.

¹⁰¹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 628.

¹⁰² Ibidem, p. 628.

¹⁰³ TRAPUZZANO, Cesare. **Le misure coercitive indirette**. Milano: CEDAM, 2012. p. 225.

¹⁰⁴ TARUFFO, Michele. Attuazione esecutiva dei diritti. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989. p. 77.

2.5.3 O papel do juiz perante a ausência normativa do direito de ação

Apoiados em Canotilho, queremos significar o *silêncio legislativo* ou inércia legiferante como uma patologia no dever de legislar do Estado-legislador. Em vista da falta de consciência do legislador para regulamentar algum direito fundamental passou-se a aceitar a ampla discricionariedade para atuar legislativamente nos casos que este considerar necessário. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, recapitula a teoria de Hans Kelsen lembrando que o jurista austríaco rechaça qualquer dever de legislar sobre determinada questão, afirmando, nessa época, a impossibilidade de o cidadão poder pretender algo do Estado-legislador.

Ora bem, essa densificação infraconstitucional precipuamente encarregada ao legislador por vezes apresenta-se como desnecessária visto que altera dramaticamente o sentido da própria norma constitucional, razão pela qual afirmamos que esta regulamentação ou atividade legislativa poderia ter sido evitada nos primórdios da era constitucionalista moderna – quando inexistia eficácia normativa da Constituição – com o intuito de evitar futuras promulgações de leis que violentassem o sentido constitucional. Contudo, e no atual paradigma que é transitado pelo direito constitucional, qualquer hipótese de silêncio legislativo não deve ser tido, sem exceção, como um fato negativo, pois, em verdade, a própria estrutura do texto normativo constitucional pode levar-nos a cogitar que esta norma constitucional, que seja densificada ao extremo de se constituir em regra, dispense de regulamentá-la. Em verdade, esse dever de definir normas constitucionais ao mínimo detalhe passa pela intenção do constituinte¹⁰⁵.

Se o direito fundamental de ação é situação que habilita os cidadãos a reclamar legitimamente uma tutela jurisdicional efetiva, implica considerar dois cenários: a um deles, homologar o direito de ação como direito subjetivo a algo –

¹⁰⁵ Sem pretensão de completude, mas sim com o intuito de contextualizar o tópico tratado, a insuficiência normativa ou silêncio legislativo edifica-se como inconstitucionalidade por omissão. Esta patologia, como a qualificamos, dá-se toda e cada vez que o legislador não adota regras necessárias para dar execução aos preceitos constitucionais. Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 1034. Ver também, BAIOTTO, Elton. O Controle de Inconstitucionalidade por omissão e a teoria dos precedentes obrigatórios. In: MARINONI Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador. JusPodium Editora, 2012. p. 397,ss.

Nos dizeres de Canotilho, também existiria omissão legislativa quando a Constituição consagra normas caracterizadas por possuir baixa densidade normativa para se tornarem exequíveis por si mesmas. Pince-se, porém, que esta situação fica dispensada de rechaço e ganha autonomia quanto o constituinte, certamente, não tenha querido outorgar uma aplicabilidade imediata. Este fato define automaticamente a eficácia retida das normas constitucionais que pela sua própria natureza impossibilita falar em omissão legislativa. Ibidem, p. 87.

especificamente direito à legislação e pré-ordenação de técnicas e procedimentos – e, a outro, onera ao legislador a densificar este direito de ação por meio de regras que viabilizem sua precípua função: a exigência de tutela dos direitos. Daí que reconhecer o direito fundamental de ação e cerceá-lo de alguma regulamentação infraconstitucional acarretaria uma aplicação direta deste direito à esfera dos particulares mediante uma ampla margem de discricionariedade jurisdicional, o que, quase sempre, poderia levar ao prejuízo de um direito de defesa do réu no processo. Caso não existisse nenhuma regra processual, viver-se-ia em meio a um caos jurisdicional no qual o juiz modelaria o processo unicamente tendo em vista uma norma constitucional aberta que define o direito de ação.

A esse respeito, há uma reflexão de Marinoni¹⁰⁶, seguida também por Didier Jr.¹⁰⁷, que preconiza: “o processo deve estar *adequado* a tutelar efetivamente os direitos fundamentais e, além disso, ele mesmo deve estar *estruturado* tendo como baliza os próprios direitos materiais” e, adicionamos, os processuais. Quando dessa adequação se trata, as regras processuais devem ser definidas pela legislação considerando a singularidade e o matiz de cada direito fundamental ou, pelo menos, de cada grupo de direito fundamental. Assim, quando se pensa em estrutura do processo, isto é, a arquitetura do instrumento colocado pelo Estado para a tutela dos direitos, o processo deve ser modelado para que a tutela dos direitos não sucumba perante uma possível insuficiência desta tutela jurisdicional. As mesmas preocupações encontram-se nos debates que foram realizados na União Europeia com ocorrência da instituição de normas processuais voltadas à efetividade da tutela do direito material. Valiosa a lição de Biavati¹⁰⁸ no sentido de indicar que os procedimentos não devem tornar muito difícil o exercício dos direitos deixando transparecer com isso que o elemento norteador da instituição de regras que contenham técnicas ou procedimentos é a efetividade da tutela.

Mas persistimos: qual será a atitude do juiz perante a inexistência de regra que concretize o direito fundamental de ação deixando-o sem técnica ou procedimento idôneo a utilizar? Como foi visto no item relacionado ao direito fundamental de ação, parece lógico advertir que o direito de ação, pela sua fundamentalidade, também irá precisar e exigir do juiz uma atuação desde que

¹⁰⁶ MARINONI, 2012a, op. cit., p. 63,ss.

¹⁰⁷ DIDIER JR., op. cit., p. 41.

¹⁰⁸ BIAVATI, Paolo. I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. v. 3, 2002. p. 753.

inexista tutela normativa do direito de ação. Dessa forma, não devemos hesitar em reproduzir o pensamento que dá essência a este capítulo. Assim, trazendo a colação o antes dito por Marinoni, temos que *se o juiz chegar à conclusão de que o legislador negou proteção normativa ao direito fundamental, deverá determinar aquela que implica efetiva tutela a esse direito*¹⁰⁹. Ao dar remédio atípico ao direito material ou processual carente de regulamentação, é lógico que se encontra no processo outro direito fundamental detido por alguma das parte desse processo, e por isso deve lançar mão da ponderação ou técnica do *balancing* dos direitos fundamentais.

Se o Estado edita normas proibindo condutas contrárias, por decorrência, deve definir normas prestadoras de regras procedimentais instituintes de técnicas capazes de permitir a atuação tempestiva e efetiva do desejo de tais normas. Essas normas processuais voltadas à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais e materiais decorrem da exigência do direito de ação sobre o legislador obrigando-o a remediar a ausência legislativa. Após revisitada a noção de que o direito fundamental de ação, ao ser direito fundamental processual, pode ser tido como o mais fundamental de todos, pois se torna imprescindível para a efetiva tutela e concreção dos demais de direitos fundamentais e materiais¹¹⁰.

Em síntese, o direito fundamental de ação, da mesma forma que a tutela jurisdicional efetiva incide sobre o juiz, bem como obriga a este a supressão de qualquer situação que dificulte ou impeça que o jurisdicionado não conte com estas técnicas e regras derivadas do dever de legislar que impôs o cunho prestacional do direito de ação. No que tange à existência de normas que dificultem o acesso à justiça ou normas insuficientes para permitir a efetividade e o pleno exercício do direito de ação dentro do processo, o juiz, por meio da sua função jurisdicional e uma apropriada pré-compreensão e posterior concreção do direito de ação, deverá suprir essa inconstitucionalidade que Canotilho designa como *omissão por falta de actualização ou aperfeiçoamento de normas*. Baseado em ensinamentos de Badura¹¹¹, o processualista português alude que tal omissão define-se não por inexistência de norma, mas por inexistência de norma *adequada, adaptada ou aperfeiçoada* em relação à Constituição. Quando a falta destas melhorias ou

¹⁰⁹ MARINONI, 2012a, op. cit., p. 84.

¹¹⁰ Ibidem, p. 205.

¹¹¹ *apud* CANOTILHO, op. cit., p. 1035.

atualizações for prejudicial ao exercício dos direitos¹¹² é lógico que o juiz deve agir para identificar essa inconstitucionalidade por omissão e supri-la adequadamente para o caso concreto.

Assim, se o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o seu direito fundamental derivado, isto é, direito de ação, não possuem um desenvolvimento infraconstitucional devido, segundo o entender de Picardi¹¹³, que apoiamos, será motivo mais do que suficiente para afirmar que a inatividade do legislador, em verdade, representa outra das principais causas que justificam a produção jurídica do órgão jurisdicional. Poderes que, desde logo, ao onerar o juiz com um dever de tutela, deverão ser prestados de forma efetiva a pesar da inexistência de norma que possa ser suprida pela atividade jurisdicional, tal qual analisamos. Sobre a legitimidade na criação jurisprudencial do direito ou na revisão do controle de constitucionalidade e, detalhamos, no momento de o juiz produzir técnica adequada ou variar o procedimento em vistas ao cuidado do direito fundamental, existe a legitimidade argumentativa como foi retratada ao longo deste capítulo. O jurista italiano destaca que a abertura ou fluência dos textos legislativos também dá margem para a sua adaptação a situações diversas ou concretização dos direitos fundamentais¹¹⁴.

Apresentadas as considerações fundamentais sobre a nova visão do direito fundamental de ação, pretende-se identificar o novo Código de Processo Civil Brasileiro (Projeto n.º. 166/2010), como um Código fruto da teoria da tutela dos direitos.

¹¹² Imaginem-se normas que prestigiem uma duração excessiva ou técnica inadequada para a tutela do direito.

¹¹³ PICARDI, Nicola. **La jurisdicción en el alba del tercer milenio**. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra Editores, 2009. p. 17.

¹¹⁴ Assim, conclui-se que se direitos fundamentais processuais devem ser tutelados normativamente, é pacífico indicar que tal objetivo será alcançado mediante a regulamentação aberta desses direitos fundamentais, isto é, normas ou cláusulas gerais. O próprio Picardi alude que *não é menos relevante a constatação de que o tecido legislativo apresenta margens de abertura. Com o intuito de que a disposição seja adaptável a situações concretas ou mantê-las atuais embora o passo do tempo e mudanças sociais, o legislador é levado a adotar técnicas legislativas elásticas, flexíveis e difusas. É um conjunto de técnicas legislativas através das quais termina-se delegando ao juiz opções que o legislador não pode ou quer operar*. Cf. PICARDI, op. cit., p. 18.

2.6 O PROJETO-LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A ADOÇÃO DE UM MODELO PROCESSUAL DE TUTELA DOS DIREITOS

Durante o ano de 2010 ingressou no Senado Federal o Projeto nº. 166/2010 que trata sobre o Projeto de Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro sancionado em 1973, também conhecido como o Código Buzaid. O estado atual de coisas apresenta-nos que este Projeto tem sido aprovado pelo Senado Federal, restando tramitação na Câmara Federal. Assim, resta que a Comissão Especial da Câmara dos Deputados vote o projeto do CPC para finalmente viabilizar a sua promulgação com as modificações feitas após árduos debates. Depois de trinta e sete anos de vigência do Código Buzaid, tem sido visto como conveniente realizar uma modificação sistêmica do diploma processual tendo a vista provocar um novo sistema processual e não unicamente um código reformado. A esse respeito, Daniel Mitidiero alertou que o Código Buzaid de 1973 ainda permanecia nas moldagens de um código inerente ao microparadigma científico do processo civil¹¹⁵.

Não obstante, em 1994, o Código de Processo Civil sofreu alterações positivas e profundas, inclusive considerando-as como mudanças paradigmáticas. Referimo-nos à introdução da antecipação de tutela (art. 273º do CPC) e à cláusula geral processual individualizada por ser uma regra executiva aberta permitindo ao juiz e as partes utilizarem meios e técnicas atípicas para a outorga e o reclamo de tutela adequada aos direitos (art. 461º do CPC)¹¹⁶. Com essa última alteração nada impede de mencionar que se reconheceu à tutela jurisdicional efetividade para poder materializar as formas de tutela do direito material, isto é, a tutela específica, bifurcada em inibitória, remoção do ilícito ou ressarcimento em específico.

Como não corresponde ao nosso objetivo esmiuçar as mudanças e apresentar com detalhe cada nova técnica introduzida, excluída ou reformada, limitar-nos-emos a descobrir por que o novo projeto do Código de Processo Civil pode ser considerado como um Código que sucumbiu ao influxo da teoria da tutela dos direitos e, com tal reconhecimento, materializar a possibilidade de falar em outorga plena de poderes e direitos ao juiz e aos jurisdicionados para perseguir a tutela específica por meio de uma ação adequada. Com efeito, acreditamos que o

¹¹⁵ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **RePro**, São Paulo, v. 183, 2010. p. 166,ss.

¹¹⁶ Bem a introdução do art. 273º como a do art. 461º deu-se através da Lei 8.952/1994.

cunho ideológico na formatação de um processo civil passa por verificar se este código presta uma tutela jurisdicional específica ou se, ao contrário, sendo fiel ao brocardo de *nemo ad factum praecise cogi potest*, institui um procedimento único e excluído de meios e técnicas que impossibilitem a realização prática do direito pretendido de proteção jurisdicional. Na hipótese de um código processual civil não proteger e efetivar a tutela específica dos direitos é que se prestigia o processo como ferramenta amoral que equipara os direitos e, com eles, homogeniza os direitos dos cidadãos.

É preocupação permanente do legislador e doutrinador a tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer que culminem num provimento que preste tutela jurisdicional à tutela inibitória ou de remoção de ilícito. Porém, na redação do art. 461º do CPC de 1973, a ser reformado, o legislador tinha outorgado mecanismos que possibilitassem a tutela jurisdicional que imponha um fazer ou não fazer. Eis o teor do dispositivo:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

Inc. 5º.- Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição da força policial.¹¹⁷

Com a redação do dispositivo acima citado, é indisfarçável que, pelo menos, no direito brasileiro, tem se regulado meios processuais idôneos mediante uma regra executiva aberta – isto é, sem maior casuística ou densidade normativa – e técnicas capazes de viabilizar a tutela específica ou *in natura* mediante a ação inibitória ou positiva ou negativa. Se lembrarmos do que foi examinado sobre o direito de ação como direito fundamental que ao, possuir esta trílice funcionalidade própria dos direitos fundamentais, precisa de prestações normativas, veremos, junto com Marinoni e Arenhart, que os art.s 461º e também o 84º do Código de Defesa do Consumidor nada mais são do que respostas do legislador infraconstitucional aos direitos que não podem ser tutelados pela técnica de ressarcimento pelo

¹¹⁷ BRASIL - Presidência da República. **Lei n. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

equivalente¹¹⁸. A pré-ordenação de técnicas, em verdade, corresponde a uma fiel prestação normativa que permita adjetivar a ação como direito a uma técnica adequada. Assim, garantido e comprovado fica o processo ao submeter-se ao princípio de efetividade para que, mediante a disponibilização das técnicas acima ditas, a ação processual e o seu futuro resultado a ser produzido pelo órgão devedor de tutela espelhem a ação material do consumidor de justiça.

Retomando a visita ao texto do projeto do novo Código de Processo Civil debatido na Câmara dos Deputados, existe modificação substancial sobre a tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer. O art. 511º regula que:

Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. **A tutela específica serve para inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, e para o ressarcimento de um dano.**¹¹⁹

Cotejado com o artigo 550º relativo ao cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, o teor do dispositivo complementa o art. 511º, fornecendo as medidas já precipuamente contidas na redação do art. 461º, como segue:

Para cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa por período de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§2º A intervenção judicial em atividade empresarial:

I – somente será determinada se não houver outro meio eficaz para a efetivação da decisão;

II – observará, no que couber, o disposto nos arts. 102 a 111 da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.¹²⁰

Com a inserção do parágrafo único no art. 511º do ‘novo’ CPC brasileiro, deixam-se claras no texto processual as formas de tutela de direito material que conjugadas com as técnicas do processo, verterão uma tutela jurisdicional efetiva e

¹¹⁸ MARINONI; ARENHART, 2011, op. cit., p. 442.

¹¹⁹ BRASIL, 1973, op. cit. (grifo nosso).

¹²⁰ BRASIL - Presidência da República. **Projeto de Lei do Senado n. 166/2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

adequada. Igualmente, a aparição deste dispositivo permitirá diferenciar o atual CPC de 1973, em revogação, por impor ao processo a perseguição de um resultado¹²¹, que é a tutela jurisdicional moldada com as formas de tutela do direito material. Assim, aquele preconceito científico que impedia que o processo e o direito material se revelassem como uma *mistura de águas*¹²² chegou ao seu fim há muito tempo e, com a introdução deste parágrafo único no futuro e mais moderno CPC do mundo, materializa-se o que até agora permanecia como ideia platônica nos livros: a interdependência entre direito material e processo¹²³.

Certeiras são as lições de Marinoni e Mitidiero¹²⁴ ao indicar que não existe compromisso mais importante dentro de um Estado Constitucional, sob uma óptica processual, do que identificar as formas de tutela e, depois disso, cogitar quais as técnicas processuais e os procedimentos que se exigem prestáveis para a realização do direito material. Igualmente, não hesitamos em sublinhar que um diploma processual não permeado pela relação circular de direito e processo mediante o uso de normas abertas, técnicas e sentenças que possibilitem a adequação da tutela jurisdicional, fracassaria na tentativa de se autoproclamar um código modelado pela teoria da tutela dos direitos¹²⁵.

¹²¹ DINAMARCO, 2009, op. cit., p. 256.

¹²² WATANABE, Kazuo. **A cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Perfil, 2005. p. 27.

¹²³ Ganha importância reconduzir ao leitor ao art. 107º do primigênio Projeto de Lei nº 166/2010 dirigido ao Senado em que se reconhecia o princípio de adequação formal do processo. À letra, o art. rezava que *o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa*. Semelhante artigo encontra sua inspiração no art. 265-A do Código de Processo Civil Português vigente, o que manifesta verídica preocupação para que o juiz modelasse o procedimento servindo ao direito material. Lamentavelmente, este artigo foi substancialmente variado e a nova e última redação, segundo o par. VI do art. 139º do Projeto de Lei, indicaria que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe *dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito*. É evidente que a redação original do dispositivo ora citado é mais ampla e tecnicamente mais apropriada, deixando unicamente na nova redação, alguma manipulação positiva do processo por parte do juiz em temas de mitigação da preclusão diante de prazos dilatórios ou desnecessários. Embora esta nova redação seja mais pontual e restringida, impossível cogitar o amplo poder de adequação formal que o juiz detém para modelar o procedimento que lhe é facultado por o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva impactar diretamente nele, tal como visto.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**. São Paulo: RT, 2010. P. 60.

¹²⁵ De tal sorte, a importância conferida ao binômio direito e processo não deve ser atribuída exclusivamente ao modelo processual contemporâneo dos países com filiação ao sistema do *civil law*. Assim, na última década do século XX, James, Hazard e Leubsdorf, festejados expositores do processualismo do *common law* norte-americano, afirmaram que cotidianamente, o direito processual aprimora ou melhora o direito substancial (...) e considerando-o como um sistema em funcionamento, o processo civil é mais do que um adjetivo. Implementa políticas sociais e axiológicas concomitantes àquelas expressadas no direito substancial. O direito processual, assim, é parte do direito constitucional em sentido amplo. O principal problema do processo circula na tentativa de assegurar a realização destes elementos enquanto efetiva as finalidades implícitas nas regras do direito

3 ATUTELA JURISDICCIONAL DE PREVENÇÃO DO ILÍCITO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PERUANO

3.1 O DESAFIO DA TUTELA INIBITÓRIA PERANTE A INSUFICIÊNCIA DE UM MODELO PROCESSUAL CIVIL CLÁSSICO

3.1.1 O modelo processual do Estado Liberal Clássico e o impacto do paradigma racionalista

O tratamento da tutela inibitória assim, como da insuficiência ou inaptidão do processo civil clássico – e em muitos ordenamentos jurídicos, ainda *atual* – corresponde a uma situação que é tratada com extrema dificuldade por uma forte razão: a falta de consciência entre o binômio direito e processo e a impossibilidade de adequar e modelar um processo civil idôneo à tutela da prevenção do ilícito e da remoção dos efeitos produzidos por ele.

Uma vez aceita a ideia de que o processo civil clássico tem como *cavalo de Troia* o processo de cognição plena e exauriente, complementado pelas três únicas sentenças contidas em provimentos declaratórios, constitutivos e condenatórios, equivocadamente se pode falar em um processo que sirva de instrumento para uma nova tarefa específica da jurisdição¹²⁶, isto é, a tutela inibitória como forma de tutela contra o ilícito civil. Destarte, esse procedimento de cognição plena e exauriente não conheceria a diversidade dos direitos e, portanto, do pluralismo arraigado na sociedade, apresentando-se, dessa forma, como instrumento não de tutela jurisdiccional dos direitos, mas como simples ferramenta para a igualização dos sujeitos. Diante disso, a própria multifuncionalidade dos direitos fundamentais materiais e processuais, tratados no capítulo precedente, exigiria do legislador e do juiz amplas atuações para poder propiciar uma forma de tutela do direito material que se destine à proteção da sua inviolabilidade, uma tutela jurisdiccional adequada e efetiva que possa receber e tutelar esses direitos e, um reconhecimento do poder do juiz que consiga suprir essa omissão e possa tutelar

substantial. V., FLEMING, James, HAZARD JR., Geoffrey, LEUBSDORF, John. **Civil Procedure**. 4^a Ed. Boston: Little & Brown, 1992. P. 2.

¹²⁶ Salienta Marinoni que esta classificação tricotômica das sentenças impedia pensar em uma tutela preventiva dos direitos. Cf. MARINONI, 2006, op. cit., p. 30.

adequadamente os direitos que o Estado proibiu de serem autotutelados por meio da ação direta.

Contudo, quando se fala da tutela jurisdicional de prevenção do ilícito ou da ação inibitória, menciona-se a *oportunidade* em que a tutela jurisdicional irá deflagrar seus efeitos diante dos direitos levados ao processo. Assim, será uma tutela jurisdicional repressiva se o que se busca de tutelar for o dano já acontecido e que impactou na esfera jurídica do sujeito. Em contrapartida, será preventiva quando se objetive uma atuação jurisdicional prévia à verificação de atividade lesiva, isto é, quando se tenha detectado a produção de um ilícito que por ser catalogado como conduta contrária ao direito, exija uma preocupação para a sua inviolabilidade

Com efeito, essa inaptidão ou insuficiência do modelo processual clássico deve levar-nos a reconhecer, quer na doutrina, quer na legislação, uma preocupação pela tutela inibitória e de remoção do ilícito da, mesma forma como se imprime importância no cuidado da tutela repressiva ou contra o dano. A primeira solução passa por reconhecer, acompanhando Emilio Betti, que não somente constituem situações jurídicas tuteláveis aquelas que pressupõem a produção de um ilícito civil, mas, também, aquelas situações que reúnem os elementos para considerar a existência de ameaça da produção deste ilícito civil¹²⁷. De forma alternativa e comparada, desde a dogmática do direito penal, existem crimes de dano e crimes de perigo, sendo que estes últimos criminalizam condutas relativas à uma exposição ao risco daqueles bens jurídicos protegidos pelo sistema penal. Se, como temos salientado, um direito fundamental e também material requer do Estado uma tutela integral e logicamente uma tutela que abranja as situações ilícitas que não se verifiquem em um dano, então resta obvio estender esta teoria da tutela integral dos direitos para todos os ramos e não restringir o direito civil e processual a uma simples forma de tutela e proteção jurisdicional econômica, respectivamente.

Ora, a identificação do modelo processual civil clássico como elemento distante para uma tutela jurisdicional contra o ilícito advém em verdade, de uma conjunção de elementos virtualmente impossíveis de acontecer neste modelo processual. Assim, como será tratado posteriormente, a ação inibitória, ao se caracterizar como uma tutela que importa atividade probatória *pro futuro*, não tem como objeto de cognição a busca científica da verdade, mas sim a mera

¹²⁷ *apud* MONROY PALACIOS, op. cit., p. 302.

probabilidade de um acontecimento ilícito. Somado a isso, encontramos a resistência da ideologia processual civilista própria do pensamento chiovendiano conhecida por não entender que a simples declaração de ilicitude de um ato de nada serve para a sua verdadeira prevenção. Então, uma vez declarada tal ilicitude, como executar dita declaração objetivando uma prevenção do ilícito? Logo, também não é permitido falar em medidas coercitivas que pretendam obrigar ao réu devedor à realização da obrigação de fazer ou não fazer contida na sentença por respeito à ilusão da incoercibilidade das prestações. As ortodoxias ideológicas elencadas configuram inevitável impossibilidade de se pensar o processo como elemento de cunho social, mas como entidade autônoma distanciada do objeto da sua tutela, isto é, o direito material.

Esse modo de pensar denota uma trágica herança histórica e ideológica: a contaminação do processo civil pela ideologia racionalista pós-revolucionária do século XVIII. Tal contexto habilita-nos a pensar que o tratamento da tutela inibitória, em verdade, constitui-se também em tratamento da insuficiência ou inadequação de uma tutela jurisdicional capaz de acolher a tão desejada prevenção do ilícito civil¹²⁸. Daí que não nos parece ousado diagnosticar o processo civil como insuficiente para quem quiser analisar a tutela jurisdicional preventiva.

Lembrando o contexto histórico-ideológico, o professor Marinoni identifica que por causa da influência direta da Revolução Francesa presenciou-se a inexistência de poderes jurisdicionais que impactassem na esfera jurídico-privada

¹²⁸ Como preconiza Luiz Guilherme Marinoni, se o processo civil, tal qual conhecido, é incapaz de prestar tutela jurisdicional aos direitos, deve se pensar em novos modelos processuais, queira contendo técnicas adequadas ou inclusive outros procedimentos diferenciados. Cf. MARINONI, 2006, op. cit., p. 32-33.

Ao ter sido recentemente teorizado no capítulo III que o direito de ação deve se despir de qualquer vestidura de autonomia e neutralidade, é com o intuito de pensar este direito como um direito a exigir não tão somente uma resposta ou proteção jurisdicional do Estado-juiz, mas, antes disso, é o subjetivo de contar com técnicas adequadas para que esta tutela jurisdicional não seja abstrata, e possa outorgar o resultado esperado pelas partes. Dentro disso, pode ser evidenciada uma série de requerimentos que permitiriam acolher uma ação inibitória no processo civil. Dessa forma, a ação inibitória exige uma ação autônoma, isto é, não ficar atrelada à provisoriedade que poderia outorgar uma tutela cautelar, que, valham verdades, não é apta a prestar tutela preventiva. De outro lado, a ação inibitória pode ser efetiva se levarmos em consideração que na sentença mandamental, ao tratar de prestações de fazer ou não fazer, implicaria que a sua efetivação seja por meio de uma execução indireta, isto é, não no patrimônio, mas sim na vontade do devedor, finalidade que exigirá uma regra executiva aberta. Igualmente, a tutela inibitória tutela jurisdicionalmente por meio da ação inibitória, como implica uma prevenção de fatos que bem podem acontecer antes da sentença, implica uma técnica antecipatória para resguardar a integralidade do direito a ser tutelado. Frise-se, neste último sentido, o entender de Anna Puleo ao sentenciar que *é essencial para qualquer ordenamento uma tutela antecipada de toda posição jurídica substancial reservado também aos direitos fundamentais pois isto implica uma máxima tutela possível para tais direitos*. Cf. PULEO, Anna. *Quale giustizia per i diritti di libertà?* Milano: Giuffrè, 2005. p. 133.

dos cidadãos¹²⁹. Acrescenta o professor indicando que essa ideia própria dos textos de Montesquieu revela uma ideologia que vincula a liberdade política com a certeza do direito, pois esta segurança do sujeito estaria garantida na certeza de que o julgamento ou decisão unicamente afirmaria o que era fixado na lei. Melhor dizendo, na equivalência entre lei e julgamento, assegurar-se-ia a liberdade política¹³⁰ dos sujeitos.

O paradigma racionalista como marca típica da ideologia pós-revolucionária revela acentuada dificuldade para quem pretende conceber uma tutela processual puramente preventiva.

Essa racionalidade impactou na jurisdição convidando o juiz a declarar a vontade da lei mediante uma prática conservadora do seu poder de decidir um caso tendo em vista as inúmeras particularidades em que se submergem os cidadãos e, com eles, suas diferentes situações jurídicas, interesses legítimos e direitos. Assim, nenhuma faculdade de diferenciação e distinção foi conferida ao juiz, fazendo-o reproduzir a perfeição das leis em prática automata. Chiovenda já tinha lecionado nos seus *Principi di diritto processuale civile* que a jurisdição tinha como finalidade a atuação da vontade da lei por mera declaração feita pelo juiz¹³¹; situação que levou ao modelo processual a produzir um único resultado incompatível com a emergência dos novos direitos: o oferecimento de uma única tutela jurisdicional que se destinasse tão somente a declarar a vontade da lei. Como parece ser, esse modelo definiu o juiz como peça do ideal liberalista que modelou negativamente o processo civil de então. Ora, se os direitos traduziam-se em produtos homogeneizados ao transitar pelo processo civil clássico, era desnecessária qualquer preocupação com direitos que precisassem de uma tutela para prevenir um ato contrário ao direito, assim como era impensável alguma distinção entre direitos que pelas suas particularidades reclamavam uma tutela jurisdicional alternativa¹³².

¹²⁹ MARINONI, 2007, op. cit., p. 20.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1989. p. 296.

¹³² Como os direitos contidos em obrigações de fazer e não fazer reduziam-se à pecúnia em claro respeito ao *trend* ideológico liberal, nem o legislador e menos o juiz preocuparam-se por irem a contramão da ideologia imperante e; consequentemente, permitir a submissão do devedor a um comando de fazer e não fazer e, diferenciar direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Saliente-se que semelhante fundamento proveio do teor do art. 1.142 do Código Napoleão que definiu que a única tutela ou forma de tutela material ante o descumprimento de obrigações de fazer e não fazer era uma tutela repressiva, isto é, um resultado equivalente traduzido em perdas e danos.

A resistência à concepção de uma tutela jurisdicional contra o ilícito passou – e ainda transita – pelo ainda vigente conceito clássico de ação processual¹³³.

O romanista Savigny, ao teorizar e introduzir o conceito de ação influenciado pela ciência jurídica do século XIX, afirmou que a ação fundava-se como relação que nasce para o titular do direito no caso da sua violação ou agressão. Savigny *dixit* que esta relação resultante da violação, ou melhor, o direito dado à parte lesada de se opor e reclamar chama-se direito de ação. Ora, prosseguindo com esse entender, a equiparação da ação processual com o direito já violado impedia a emergência de uma ação que tivesse como intuito a proteção de um direito ainda não agredido, ou melhor, de uma situação aparentemente ilícita mas ainda não lesiva, demonstrando com esse fundamento que o Estado preferia se desincumbir da tutela contra o ilícito. Metaforicamente, a condição para ingresso no processo era alegar a já ocorrida violação do direito. Assim, a atualidade do interesse de agir espelhava-se na real vulneração ou lesão de um direito, mas nunca da provável ameaça.

Essa neutralidade da ação pode ser examinada sob uma dupla perspectiva, mas tendo em vista os efeitos do paradigma racionalista. Sob a óptica de uma primitiva relação com o direito material, a ação processual era o direito de reagir diante de uma pretendida violência contra ao qual se opunha esta ação como resposta contrária à lesão. Rapisarda sublinha que essa teoria da ação foi elaborada pela processualística mais representativa do início do século XX.

Lógico, nos escritos de Manfredini, Viti e Mortara, encontra-se que a estrutura da ação traz como requisito a violação do direito que vem a ser reclamada pela ação. Essa identificação da ação com o direito substancial implicava uma perfeita coincidência com o surgimento do direito de ação e a verificação do

¹³³ Este primeiro momento que temos denominado no segundo capítulo como o *primeiro* microparadigma processual caracterizado pelo sincretismo, importava a confusão entre o plano substancial e processual do ordenamento jurídico. Ora, se foi afirmado que o direito de reagir, chamado ação, derivava-se da violência ocorrida no direito material, então se afigurava evidente que a ação não tinha outra qualidade senão um *posterius* do direito substancial lesado. Isto é, a ação era mero reflexo do direito agredido. Realmente, este doutrinamento próprio de uma etapa sincrética do processo civil bebeu da fonte do direito romano que gostava de analisar todo e qualquer fenômeno jurídico sob a lente dos contratos, razão pela qual tinha-se a ideia de que, inclusive o processo, era um contrato. Cf. MONROY GÁLVEZ, 1996, op. cit., p. 116; COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 39. Posteriormente, é conhecido o acirrado debate entre Windscheid e Muther, juristas que passaram a debater sobre o conceito civilista da ação. Os resultados desta polêmica foram profícuas para a nossa ciência, pois abandonou-se a concepção da *actio* romana como reflexo do direito lesado, raciocinando-a, a partir dos finais do século XIX como direito abstrato e autônomo em relação ao direito material. Indague-se em, DINAMARCO, 2009, op. cit., p. 19.

momento patológico da violação ou lesão do direito subjetivo. Logo, desde a perspectiva formal ou processual, entendia-se a ação como direito de todo cidadão a um provimento jurisdicional, a um produto por vezes neutro que emanava do órgão jurisdicional. Nos dizeres de Grinover, Dinamarco e de Araújo Cintra, a ação é direito ao provimento que tinha certa conexão com uma situação jurídica determinada.

Deriva desse paradigma outro obstáculo que, não sendo necessariamente fundado na impossibilidade de se pensar na inviabilidade da tutela inibitória, afetou frontalmente uma construção teórica relativa a esta tutela.

A tripartição dos poderes, ideal político imbricado ao pensamento revolucionário, deixou como única tarefa ao juiz ser o eco das palavras do legislador. Ora, se nos regimes democráticos os legisladores são considerados como oráculos que ordenam a vida em sociedade de forma *prospectiva*, isto é, com pretensão de futurólogos, o administrador público cuidava de operar estas leis de forma a realizar a perseguição da finalidade pública do Estado, realizando para tal condutas de natureza fática ou material para exigir a observância das normas dadas pelo parlamentar. O panorama desolador era reservado ao juiz, pois em verdadeira função de um coveiro, contentava-se com consertar o passado, reconstruir os fatos para reviver um direito morto, já lesado e dar uma solução equiparada, isto é, nunca igual àquela que o cidadão teria ganhado se a justiça descansasse em suas mãos.

Ovídio Baptista da Silva¹³⁴ nos lembra que se a função do magistrado é descobrir a vontade da lei, para aplicá-la ao caso concreto, não lhe era possível fazê-la incidir sobre os fatos ainda não ocorridos. Mas, se a tutela preventiva não opera sobre os fatos já ocorridos, senão sobre aqueles que estão a ser verificados por condutas omissivas ou ativas do futuro réu, como imaginar uma função do juiz voltada à tutela preventiva dos direitos se unicamente sabe declarar a vontade da lei?

É *conditio sine qua non* que nas tutelas jurisdicionais destinadas a tratar com a prevenção do ilícito o juiz lançará mão de uma metodologia probatória quilometricamente distinta daquela utilizada pelo seu par nas ações de tutela repressiva. A atividade probatória que impactará no convencimento do juiz para a construção da tutela a ser outorgada solicita um juízo de verossimilhança e nunca de certeza absoluta, toda vez que o resultado jurisdicional pretende projetar uma futura

¹³⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdicción y ejecución en la tradición romano-canónica*. Op. Cit., p. 45.

conduta do réu que é motivada por provas indiciárias, provas estatísticas ou condutas pretéritas do réu. Por isso, se a tutela inibitória compromete um novo entendimento da sistemática processual perseguindo a construção de fatos futuros que só fundamentarão a decisão do juiz por um receio rigorosamente justificado, considerar decisões apoiadas em juízos hipotéticos era situação virtualmente impossível e vedada no arquétipo do processo de matriz liberal.

Uma vez revelado esse total fracasso da ideologia racionalista quando enfrentada a tutela inibitória à desconstrução de institutos processuais, devemos proceder a reconstruí-los sob a lente da tutela inibitória.

3.1.2 Incompatibilidade das categorias processuais clássicas ante o surgimento da tutela inibitória

A satisfação de uma tutela preventiva como expressão da emergência dos novos direitos requer especial afinamento e adequação dos meios e instrumentos técnicos da mesma forma que a revisão de esquemas conceituais que privilegiaram unicamente as técnicas e tutelas jurisdicionais voltadas ao ressarcimento ou indenização pecuniária como forma de tutelar inadequadamente os direitos que exigiam tudo menos uma reparação monetária.

O *codice di procedura civile* italiano de 1942, genuína elaboração da gama de processualistas inebriados com os ideais dos anos mil e oitocentos, demonstra um evidente corpo normativo de um modelo de Estado de Direito que, além de ser marcado pelo pensamento liberal-racionalista, empenhava-se em ter como finalidade a reintegração do direito subjetivo violado. Agora, veja-se o paradoxo: mesmo existindo normas de direito material – isto é, legislação não processual – que efetivamente regulassem uma forma de tutela *específica* e não pelo equivalente, o *codice di procedura civile* de 1942 encontrava-se impotente para prestar tutela jurisdicional efetiva e adequada, pois não contava com os mecanismos e procedimentos adequados para tal finalidade¹³⁵. Se alhures tem se dito que a tutela jurisdicional não é mais uma matéria cultivada tão somente pelos processualistas, mas também deveria ser reflexão dos civilistas, atrevemo-nos a inverter tal

¹³⁵ Influência que, posterior à codificação processual italiana de 1845, permitiu aos exegetas italianos se inspirarem nas obras contidas nos grandes tratados franceses dos mil oitocentos tendo sido caracterizados pela ideologia liberal iluminista e na afirmação da certeza do direito. Cf. DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 30-32.

ensinamento para sugerir que são os processualistas e os legisladores que devem fundar processos voltados à tutela dos direitos, pois os civilistas ou privatistas hodiernos, em verdade, esperam do processo que este possa acolher os vários direitos e suas formas de tutela já legisladas sob uma óptica de tutela específica¹³⁶.

O processo civil desde então, marcadamente liberal e privatista, produziu o que Manfredini, no final do século XIX evidenciara que, o modelo processual deve procurar dar ao direito privado as máximas garantias sociais e o mínimo de sacrifício da liberdade individual. Sem dúvida alguma, vemos que inclusive dentro do processo devia-se considerar que todos os direitos tinham como garantias a não ingerência ou interferência do Estado.

Nessa seara e sem nenhuma pretensão de completude, cabe revisitar algumas categorias processuais específicas que precederão o tratamento da tutela inibitória.

¹³⁶ Assim, merece retratar o contexto em que desenvolveu-se a civilística francesa no que tange ao tema das obrigações pecuniárias e às obrigações de fazer e não fazer. Certo é que no código napoleônico, toda obrigação de fazer ou de não fazer resolvia-se em perdas e danos em caso de inexecução. Ora, é verdade que a obrigação de entregar coisa era tutela materialmente com a *manu militari* mas em verdade, toda e cada uma das obrigações, segundo a letra do código Napoleão, não são coercíveis em forma específica. Impossível falar-se em tom de execução em forma específica ou *in natura*. Inclusive em caso de ilícito extracontratual, o juiz deveria sempre condenar ao agente produtor da violação em perdas e danos, ou melhor, em reparação por equivalente. *Tertium comparationis*, no direito civil alemão, em lugar de admitir como regra a reparação por equivalente, considera preferível a tutela específica (BGB art. 249). Já em terrenos do direito processual civil peruano, tanto no Código de Procedimientos Civiles de 1912 quanto no Código Procesal Civil de 1993, o legislador não instituiu alguma técnica ou instrumento processual que permitisse uma tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer, sendo que no primeiro diploma o art. 735° assinalava que diante das obrigações de fazer e não fazer, o requerente podia solicitar a *penhora* dos bens do réu recalcitrante até pelo valor da obrigação e, no segundo, simplesmente não existe forma de execução destas prestações. Existe vazio normativo nesse teor. Já no Código Civil peruano de 1936, há regras que permitem uma tutela *in natura*, mas que ao não ter procedimento ou técnica, a tutela jurisdicional destes direitos era imprestável. Ver o art. 1276° do diploma civil peruano de 1936 que indicava que *quando a parte obrigada a fazer ou não fazer alguma coisa faltasse a esta obrigação, a outra parte (credor) poderia pedir que independentemente do devedor, se faça o pactuado ou se desfaça aquilo que se tem feito em contra do pacto*.

Contudo, a partir do ano 1933, na França viveu-se um tempo de prevalência da reparação *in natura* respeito daquela que era por equivalente. Não obstante, assim como o art. 1276° do Código Civil peruano, tanto o art. 1143° e 1144 do Código Napoleônico davam o direito ao credor para requerer ao juiz autorização expressa para exigir ao devedor a destruição daquilo que se tem feito contra uma obrigação de não fazer. Agora, é importante salientar que existindo direito material que impõe uma tutela específica, entende-se que a forma de tutela passaria por respeitar a integralidade deste direito que contenha obrigações de fazer e não fazer, como é no caso destes dispositivos contidos no Código Napoleônico. Porém, como as obrigações de fazer e não fazer importam uma invasão na esfera individual do sujeito recalcitrante, observa Chianale, em desmitificador estudo, que o legislador francês havia omitido totalmente introdução no código processual civil francês de então de alguma norma que definisse uma técnica adequada para a execução dessas obrigações, isto é, as típicas *astreintes*. Cf. CHIANALE, Angelo. **Diritto soggettivo e tutela in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1993. p. 53-55. Igualmente, MAZZAMUTO, Salvatore. **L'attuazione degli obblighi di fare**. Napoli: Jovene, 1978. p. 46.

3.1.2.1 *Recensão e panorama atual da nulla executio sine titulo como princípio próprio do Estado Liberal clássico*

Tanto na doutrina quanto na legislação, emergiram os conceitos *unívocos* ou *fundamentais* – a nosso ver, meros *slogans* – que caracterizavam por ser edificados sob a influência dos ideais e contornos políticos próprios daquelas etapas metodológicas do processo civil já superadas. Aconteceu igualmente com o a *nulla executio sine titulo*, princípio que impunha a ordinarização plena dos procedimentos sob a certeza de que uma vez proferida a sentença declarando a vontade de lei, somente após essa trajetória, a sentença gerava um título necessário para ingressar nos domínios da execução dessa decisão.

Antes que o procedimento concluísse com a produção da sentença, era literalmente subversivo falar em antecipação dos efeitos da tutela ou inclusive de uma execução provisória que pudesse respeitar a tempestividade da tutela, mas também um trato diferenciado aos direitos que, pela sua essência, sucumbiam perante um processo repousado em tempos, como era o processo de conhecimento pleno e exauriente. Por preponderar na época liberal clássica a patrimonialização dos direitos, cogitava-se que o processo não precisava ser acelerado menos ainda executar algo que não fora revestido pela certeza que a lei impunha.

No direito romano existia a *iurisdictio* como simples exercício praticado pelo magistrado para declarar o direito e ao mesmo tempo, eliminar o conflito. Ora, então resultava impossível e proibido inserir nesse procedimento alguma técnica de execução ordenada pelo próprio magistrado. Em verdade, essa materialização do já decidido encontra sua razão de ser na função do *praetor*.

Com efeito, em Roma a *iurisdictio* não possuía a sua principal característica, qual seja a *executio*, e ainda menos a *coertio*; tão somente lhe foi reservada a *cognitio*. Assim, se o direito não era voluntariamente cumprido, o ator deveria recorrer ao *praetor* que detinha *imperium* para efetivar o disposto pelo magistrado. Melhor explicando, o *ordo iudiciorum privatorum* ao ser dirigido pelo *iudex*, na etapa *in iure* do processo, visava declarar o direito e resolver o conflito para posteriormente reconhecer no *praetor* a capacidade de execução, particularmente por meio dos interditos.

A divergência existente pretendia o distanciamento dos interditos com o conceito de *iurisdictio*. Isto é, a emanção dos interditos representava o ato de

vontade que não podia se misturar e menos ser antecedente ao ato de inteligência e conhecimento levado na etapa *in iure* do processo. Sobre isso, Ovídio Baptista da Silva assinala razões pelas quais se perseguia este afastamento dos interditos no conceito de *iurisdictio*. Primeiro, o comando do *praetor* restava condicionado à declaração ou verificação do magistrado a respeito de um direito ainda não verificado. Segundo, o interdito era uma figura que gerava um vínculo de caráter público ao passo que o ordenamento privado reproduzia o reconhecimento dos direitos, mas não identificava comandos de fazer ou não fazer¹³⁷.

Contudo, é preciso tecer uma consideração. A tutela jurisdicional do direito comumente conhecida não é sempre suficiente e também não é satisfatória desde que atrelada a um procedimento de cognição plena. Manter semelhante crença acarretará que, unicamente se declare um direito em respeito a alguma ação declaratória, tutela que pela sua natureza não satisfaria os novos direitos ou, melhor, produzir-se-ia uma constituição de um novo status jurídico sem a intervenção jurisdicional ou, finalmente, lograr-se-ia uma condenação produto da verificação de uma crise de cooperação por meio de outra declaração se repetiria a sanção da norma de direito material não observada.

Defendemos essa chamada insuficiência, pois com aquela tripartição nem sempre chegaremos ao resultado prático se não posteriormente à execução da condenação, isso implica, por decorrência lógica, que igualmente como acontecia em Roma, pensar em uma função jurisdicional que priorize a busca da verdade ou a certeza da norma em detrimento de outros direitos, permitiria reconhecer que a tutela jurisdicional dos direitos, tal qual conhecida, não é *plenum et sufficiens*¹³⁸.

¹³⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdicción y ejecución en la tradición romano-canónica**. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra Editores, 2005. p. 45.

¹³⁸ Não podemos passar por alto as clássicas lições chiovendianas relativas à jurisdição porque delas provém a proibição de realizar a execução antes da declaração – dicotomia *cognitio et executio* –. Como é amplamente conhecido, o outrora professor da Università di Roma defendeu a jurisdição como aplicação da vontade concreta da norma. Identificava o processo civil como reunião de atos conducentes à atuação da lei mediante a jurisdição ordinária. Cf. CHIOVENDA, 1989, op. cit., p. 86. Confirma-se um entendimento semelhante em; PROTO PISANI, 2010, op. cit., p. 21 e em sede brasileira, ver PELLEGRINI, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Carlos Antônio de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 145.

Ora, Chiovenda faz patente a existência de dois momentos imersos nesta atuação da vontade da lei. Primeiramente, dever-se-ia declarar a vontade da lei com o intuito de poder reconhecer se o pedido das partes estava amparado pela vontade da norma ou não. Logo, em caso que esta declaração não for suficiente, deveríamos ingressar no momento da atuação da vontade da lei *assim dita*. Melhor explicando: primeiro estava a declaração, antes não havia absolutamente nada, posteriormente, em caso esta declaração fizesse *jus* ao pedido do autor, isso era suficiente para atuar a vontade da lei, mas pela execução. Da mesma forma, Chiovenda ensinava que nesses casos, a declaração se apresentaria como preparação da execução. Frise-se a importação que o professor trouxe desde as

Em conformidade com a lição do professor Marinoni, é notório que o juiz, ao resolver o litígio, nem sempre prestará uma tutela do direito material. Isso aconteceria quando a sentença não seja suficiente para prestar a tutela do direito material ou não seja capaz de satisfazer o desejo do autor por dever aguardar até a etapa de execução¹³⁹. É por tal razão que sustentamos que a sentença, momento apical em que as partes ansiosas aguardam por uma tutela de fazer ou não fazer, não se afigura como remédio necessário e menos adequado para a efetiva tutela desses direitos. É claro, ao concluir o processo, a parte vencedora desfrutará da sensação de vitória, mas de forma incompleta por ser ingênuo pensar que a parte vencida irá cumprir de *motu próprio* o comando contido na sentença.

Assim, se a tutela específica, da qual deriva a tutela inibitória e de remoção do ilícito, reclama uma tutela jurisdicional que seja exatamente coerente com o resultado prático caso a autotutela não fosse vedada, resta afirmar que nem a sentença declaratória, nem a constitutiva e menos ainda a mera sentença de condenação poderiam prestar uma tutela jurisdicional que contenha uma ordem de fazer ou não fazer e que no mundo material reconheça uma forma de tutela preventiva. Se o título executivo judicial por excelência é constituído pela sentença condenatória, e se esta deve percorrer todo o íter processual até a produção da sentença, tendo em vista que até então não existia uma declaração da *certeza do direito*, esta tutela jurisdicional que visa prevenir o ilícito deveria aguardar até a fase de execução para prestar uma tutela efetiva contra este. No entanto, a raiz da afirmação de a tutela inibitória se funda em juízos de verossimilhança e ainda mais, ao requerer muitas vezes a antecipação da tutela, interrompe-se de tal forma qualquer tentativa de querer continuar cuidando do princípio da *nulla executio sine titulo*.

A marca chiovendiana, ao instituir que a execução na pendência do processo apresentava-se como figura anormal porque esta ação executória ainda careceria de certeza jurídica, é uma tese que não suporta convivência com qualquer teorização sobre uma tutela inibitória. Deixando de lado o tratamento da execução

bases do direito processual civil romano e a diferenciação entre a função do *iudex* e do *praetor*. Cf. CHIOVENDA, 1989, op. cit., p. 84. Em outra obra magistral do mestre romano, convencia-nos que a declaração da certeza da lei é atuação da lei e pode por si mesma operar coativamente sobre a vontade do obrigado. Daí que seja possível observar a autonomia que cobra a fase de conhecimento [...] e que é acentuada pela necessária separação orgânica do período de cognição e de execução. Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de Derecho Procesal**. v. I. Buenos Aires: EJE, 1970. p. 21-22.

¹³⁹ MARINONI; ARENHART, 2011, op. cit., p. 23.

provisória da sentença inibitória, parece evidente reconhecer que a prevenção do ilícito precisa não de uma certeza jurídica e muito menos da recomposição dos fatos já produzidos, mas sim daqueles que estão a ocorrer e com isso, da possibilidade de o processo ser sede de produção de juízos de probabilidade. Isso, unido à necessidade da antecipação da tutela para tangivelmente evitar a ocorrência da conduta antijurídica, determina o total fracasso da *nulla executio sine titulo*. A ideia fundamental a ser extraída dessa construção dogmática passa por advertir que a antiga missão do juiz ao ser o oráculo da lei era verbalizar o que o legislador tinha regulamentado anteriormente. Essa declaração da lei tem como veículo a técnica da cognição exauriente que servia, como tem dito Carnelutti¹⁴⁰, para reconhecer as demandas plenárias em detrimento daquelas sumárias, as quais deveriam ser tidas como excepcionais. Em realidade, Baptista da Silva¹⁴¹ tem anunciado que este culto à técnica da cognição exauriente responde a uma fiel observância aos princípios constitucionais de ampla defesa, contraditório e a impossibilidade de reduzir a atividade probatória às partes. Eis o cunho privatista do processo civil clássico.

Em paralelo ao afastamento do modelo estatal liberal e mercantilista, entendeu-se que o cunho social do processo influenciaria a moldura processual para que seja permitida uma execução sobre a cognição. É que hodiernamente não há como duvidar que a tutela adequada e efetiva dos direitos não patrimoniais não possa ser satisfeita com meras tutelas jurisdicionais declarativas. Nesse tom, Corrado Ferri, ilustre processualista da Università di Pavia, advertiu que parece preferível estender a antecipação da eficácia da sentença antes de aguardar que no lapso do processo de conhecimento se formasse uma condenação suscetível de execução posterior à cognição.

Finalmente, esses fundamentos que alguma vez serviram de fonte de inspiração tanto para doutrinadores quanto legisladores, chegarão ao seu fim sempre que se repensar a função jurisdicional em termos de tutela dos direitos mais do que em um quadro meramente processual. Denti assim o tem dito, adicionando que as tutelas devem evoluir também com o desenvolver da sociedade

¹⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. v. IV. Padova: CEDAM, 1931. p. 1026.

¹⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 114.

contemporânea¹⁴² e, sobretudo, levar em consideração que esta espécie de tutela jurisdicional chamada de urgência, ao desmitificar todo o aparato processual civil clássico e liberal, implica um aspecto essencial da atuação jurisdicional dos direitos¹⁴³.

3.2 UMA FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TUTELA INIBITÓRIA

3.2.1 Direito à tutela inibitória, tutela jurisdicional do direito e técnicas adequadas para viabilizar a ação inibitória

Ao se falar expressamente em tutela inibitória, não queremos significar a ação adequada voltada a exigir tutela jurisdicional contra o ilícito ainda não ocorrido ou daquele já acontecido, pois estaríamos incorrendo em uma *contradictio in terminis* da tutela contra o ilícito no plano material e no jurisdicional. Em verdade, se pensarmos em formas de tutela do direito material garantidas nas normas definidoras de direitos fundamentais ou materiais, entenderemos que ao nos referirmos à tutela inibitória, falamos em forma de proteção ao direito material definido pelo legislador. Logicamente e pela própria natureza das coisas, a tutela inibitória vem a encontrar essa garantia de proteção nas normas de direito material e nunca naquelas destinadas a tutelar jurisdicionalmente este direito material, embora esse entendimento pareça confuso na doutrina processual peruana¹⁴⁴.

¹⁴² DENTI, Vittorio. Intervento. **La tutela d'urgenza**. Atti del XV Convegno Nazionale. Bari 4-5 ottobre. Rimini: Maggioli, 1985. p. 116. Ver também, MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: RT, 2009a. p. 116.

¹⁴³ DENTI, 1989, op. cit., p. 136.

¹⁴⁴ É interessante ver como na dogmática processual peruana encontramos autores que fundamentam a tutela inibitória como manifestação da tutela jurisdicional diferenciada. Assim, Aldo Zela Villegas, apoiado em Bustamante Alarcón, assevera que o direito à tutela diferenciada se manifestaria como um direito constitucional e em, particular, como parte integrante do direito ao devido processo. Cf. ZELA, Aldo. **La tutela preventiva de los derechos** (como manifestación de la tutela diferenciada). Lima: Palestra Editores, 2004. p. 43 e, BUSTAMANTE, Reynaldo Alarcón. **Derechos fundamentales y proceso justo**. Lima: ARA, 2001. p. 208. O primeiro autor afirma ser a tutela inibitória uma manifestação da tutela diferenciada, pois corresponderia a um tratamento de direitos diversos daqueles já conhecidos e comumente tutelados no processo civil mediante o procedimento de cognição plena. Ainda mais, o jovem processualista peruano ressalta pertinente e necessário insistir em duas manifestações da tutela jurisdicional diferenciada, correspondente ao conteúdo da tutela (que pode ser específica e ressarcitória) e a oportunidade em que atua esta tutela (atuando de forma preventiva ou repressiva). Ora, se isto for verdade, a tutela inibitória como forma de proteção aos direitos materiais e fundamentais, segundo o jovem autor, descansa ou tem seus fundamentos na tutela *jurisdicional* diferenciada e adiciona mistério maior ao afirmar que a tutela repressiva (contra o dano) corresponderia à tutela diferenciada. É mais interessante, ainda, reparar que o autor revala que a tutela jurisdicional diferenciada é direito constitucional que fica a par do

Adverte o professor Marinoni¹⁴⁵ a respeito que é pouco mais do que evidente que a tutela inibitória – como forma de proteção – não precisa estar prevista na legislação processual. Lógico, a tutela inibitória, ressalte-se, nada tem a ver com o direito processual, pois essa proteção da inviolabilidade é forma de resguardo do direito que é definido pelo legislador de direito material. É por isso que a legislação processual deve ter sido idealizada e definida pelo legislador de direito público para que por meio desta *interventio legislatoris* se definam técnicas processuais aptas a viabilizar a obtenção da forma de tutela prometida pelo direito material. No mesmo sentido, Chianale¹⁴⁶ afirma que esse remédio inibitório é concedido graças à norma

direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Contudo, como é que pode definir a tutela inibitória como derivação da tutela jurisdicional diferenciada? E mais, como é por alguma milagrosa interpretação, alude que a tutela jurisdicional diferenciada seria direito constitucional? Lembre-se que a tutela jurisdicional diferenciada é um termo estritamente utilizado nos âmbitos do processo civil para determinar: i) sumarização da cognição ordinária e, ii) flexibilização da atividade probatória. Assim, repare-se na construção feita pelo colega peruano. A saber, afirma que a tutela diferenciada conforma o direito ao devido processo ou também ao direito fundamental à tutela jurisdicional diferenciada. Logo, passa por imbricar a tutela inibitória (que desconhece ser uma forma de proteção *material*) com a tutela jurisdicional diferenciada, levando-nos a cogitar que é o processo que define ou institui o caráter de inviolabilidade ou incolumidade dos direitos. Cf. ZELA, 2004, op. cit., p. 43.

Sem embargo, algumas ressalvas devem ser feitas. A aparição de novos direito e situações jurídicas obrigou ao legislador e processualista a reagir ante o modelo da uniformidade procedimental. Dessa forma, falava-se em tutelas jurisdicionais diferenciadas para aludir à variedade de procedimentos ou ritos processuais que permitiam uma única tutela jurisdicional por cada tipo de *novus* direito que a sociedade reclamava de tutela. Diferentes direitos e situações reclamavam diferentes procedimentos, ou seja, procedimentos especiais, *diferenciados* daquele processo único de cognição plena e exauriente. Ora, pensar em tutelas jurisdicionais diferenciadas como panaceia ou remédio absoluto para a tutela jurisdicional dos direitos implica uma ingenuidade. Falar em instituir, ou melhor, legislar e pré-ordenar um procedimento por cada tipo de direito novo, produziria uma verdadeira orgia legislativa que impactaria negativamente no processo. Se a codificação moderna seja processual ou material busca a eliminação da ritualidade e procura implantar disposições gerais e abstratas para a partir daí construir o caso concreto e se ao lado disso se tem se a ideia do direito de ação como direito a uma técnica adequada que permita a tutela jurisdicional do direito, em verdade restaria desnecessário o louvor que se dá ao tema das tutelas jurisdicionais diferenciadas. Neste sentido e conforme Marinoni e Arenhart, o legislador pode dar à parte o poder de adotar, entre várias, a técnica processual que reputar adequada às suas necessidades, ou, ainda, o poder de utilizar técnica processual que dependa da demonstração de determinada circunstância capaz de ocorrer no caso concreto. Cf. MARINONI; ARENHART, 2011, op. cit., p. 40-41. Para o tratamento da técnica legislativa das cláusulas gerais processuais e sua definição como técnica adequada aos direitos que importam uma prevenção do ilícito, ver o capítulo IV.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. I. 5. ed. São Paulo: RT, 2011b. p. 247; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica de los derechos**. Trad. Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra Editores, 2008. p. 30. No direito italiano, Pietrobon afirma: *o campo de atuação da inibitória é dado, portanto, da tutela dos direitos subjetivos de conteúdo pessoal e da instituição de específicos deveres de comportamento*, afirmação com a qual se deixa transparecer que a tutela inibitória repousa nas normas materiais que definem formas de proteção dos direitos subjetivos. Cf. PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento**. Padova: CEDAM, 1998. p. 27 e, FRIGNANI, Aldo. **L'injection nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 243. Ubicando a tutela inibitória no art. 2599 do código civil italiano, permitindo-nos observar que a forma de proteção preventiva provém do direito substantivo, ver MONTESANO, Luigi. *Problemi attuali su limii e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti*. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. v. IV. Milano: Giuffrè, 1995. p. 777.

¹⁴⁶ CHIANALE, op. cit., p. 43.

substancial; adicionamos, porém, que sem técnicas adequadas, este perfil processual pode, inclusive, deixar essa proteção sem atuação devida. Ilaria Pagni¹⁴⁷ também contribui para esse entendimento da garantia da tutela inibitória no direito material. Ora, segundo a discípula de Proto Pisani, na relação entre direito substancial e processo, este último deve modelar-se segundo o primeiro, pois o legislador processual modula a técnica de tutela em atenção às exigências complexas que pouco têm a ver com a estrutura absoluta ou relativa das situações subjetivas em questão, exigindo do processo, destarte, encarregar-se da mesma forma em que a necessidade de tutela material exigiria.

Assim, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, exigido por meio do direito de ação, garante unicamente procedimentos, técnicas e medidas executivas apropriadas para prestar uma efetiva tutela destes direitos e, obviamente, não a forma como são tutelados esses direitos no âmbito material. Apoiando-nos na teoria geral do direito e na técnica legislativa, ao existirem dois âmbitos normativos, primeiro o material e a seguir o processual, devemos identificar que a tutela inibitória como forma de proteção que tem o titular deste direito repousa no âmbito das normas materiais, enquanto a proteção jurisdicional, a efetivação dessa forma de tutela, ou mais simples, o fio condutor que permitirá perceber os efeitos desta tutela inibitória, desenvolve-se por meio da aparelhagem estatal chamada processo, caracterizadas por corresponder ao âmbito das normas procedimentais.

Logicamente, se o constituinte ao definir os direitos materiais também definiu a sua característica de *inviolabilidade*, inerente a todo direito fundamental, então também inaugurou a sua forma de tutela dentro desta norma fundamental, isto é, a sua proteção preventiva ou inibitória no plano material. Mas toda vez que o titular desse direito fundamental ou material tem direito material, é lógico que tem direito a reclamar e solicitar tutela jurisdicional que abrace e efetive esta forma de tutela definida na norma fundamental ou material. Pois bem, quer por inércia legislativa, insuficiência normativa, quer por carência de sensibilidade do legislador de direito processual, existirão formas de tutela material que ao se traduzirem em ações ou pretensões materiais, e ao exigirem tutelas jurisdicionais adequadas, nem sempre encontrem no diploma processual regras que viabilizem esta entrega de tutela jurisdicional esperada. Eis onde o processualista embaraça-se pois acreditamos que

¹⁴⁷ PAGNI, Ilaria. **Tutela específica e tutela per equivalente**. Milano: Giuffrè, 2004. p. 2-4.

não existe pior cenário do que aquele em que o operador jurídico deva comunicar ao titular do direito subjetivo - *e titular de uma forma de tutela* – que esse aparato substituto da autotutela, chamado processo, não se presta a defender esse direito.

Como tem sido referido no segundo capítulo, se os direitos fundamentais possuem um valor de *inviolabilidade* a sua proteção deve ser dada por meio de técnicas e procedimentos adequados. Por decorrência natural, se o processo pretende prestar uma tutela após a ocorrência da lesão, seria melhor nem ativar o mecanismo processual. O direito que não é adequadamente tutelado no processo, seguramente se transformaria em pecúnia como produto da violação acontecida em função de o processo não ter sido munido do estritamente necessário para o cuidado da integridade desses direitos. Aqui, imbrica-se o direito material sobre a efetividade do processo e eis onde ganha relevância o próprio título desta dissertação, na mais pura tentativa de não só ficar nas tantas vezes tratada relação direito-processo, mas permitir, com estas reflexões, que a tutela seja efetiva, em particular no que tange à proteção da inviolabilidade dos direitos, pois como processualistas aderidos a uma escola contemporânea, pretendemos atribuir cunho social ao processo desde que se anteponha a efetividade deste sobre o direito material.

Barbosa Moreira¹⁴⁸ retrata que o mecanismo criado para apaziguar essa necessidade precisa corresponder a uma evidente exigência: atuar de tal maneira que em toda a extensão da possibilidade prática venham as coisas a passar-se como exatamente deveriam passar.

Se o legislador de direito público, aquele com o dever de estruturar o processo, não pensa ou reconhece a pluralidade de direitos e situações jurídicas, jamais poderá construir moldura processual apta a tutela esta diversidade. Tal patologia decorre da falta de sensibilidade ou da nula importância dada às relações de conteúdo não patrimonial; direitos que são caracterizados pela sua inviolabilidade¹⁴⁹. Se o jurista ainda vem sendo domesticado com pretensões

¹⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: _____. **Temas de Processo Civil**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 21.

¹⁴⁹ Devemos denunciar que qualquer tentativa de reservar a tutela preventiva exclusiva e excludentemente aos direitos não patrimoniais, se afiguraria como discurso reacionário a nossa linha, pois não existe teoria ou fundamento algum para afirmar que a não patrimonialidade importa prevenção e a patrimonialidade, ressarcimento. Daí que inclusive a tese do peruano Aldo Zela Villegas de atrelar a tutela inibitória à tutela jurisdicional diferenciada fracasse pois, em princípio, a tutela diferenciada não serviria para direitos de crédito, quando, como é obvio, qualquer direito, seja patrimonial ou não, é apto a ter uma forma de proteção preventiva. Indagando sobre o recentemente

economicistas do intercâmbio humano, impossível ser-lhe-á a definição de tutelas jurisdicionais específicas e preventivas e, pelo contrário, parecer-lhe-á corriqueiro esse hiato entre a tutela dada pelo processo com aquela que deveria estar fruindo caso existisse a justiça de própria mão. Novamente apoiados em Barbosa Moreira¹⁵⁰, certas coisas, sabe bem o povo, não há dinheiro que pague. Consequentemente, prefere-se a tutela específica. Pensamos no direito ao meio ambiente sadio no caso em que um estabelecimento venha a superar qualquer normal tolerância de normas de fazer ou não fazer. Esta tutela específica será efetiva somente por meio da ação inibitória que poderá concluir no proferir de uma ordem de suspensão da atividade. Em termos estruturais, a ação ressarcitória seria inadequada e além disso, entrar-se-ia na especulação no momento de determinar o *quantum* da indenização pecuniária a ser prestada¹⁵¹. Em verdade, o que devemos entender por tutela de novos direitos, seguindo a La Rocca¹⁵², é a recepção no ordenamento de tutelas do indivíduo que incorporem de modo imediato uma visão extramercantil das necessidades humanas. Isso tudo passa por assegurar um reconhecimento constitucional a toda uma série de instâncias que contemplem dimensões não só externas das pessoas, mas também aquelas dimensões

escrito sobre tutela inibitória na Itália, encontra-se a belíssima tese de Rossella Fadda, sobre a *tutela preventiva dei diritti di credito*, em que a professora de Cagliari teoriza que uma específica finalidade preventiva da tutela é encontrada nos remédios dados ao credor diante de situações nas quais percebe o término do prazo para o cumprimento da prestação e vê como perigoso certas condutas do devedor pois o credor recebe a inexecutabilidade da prestação devida. Mais adiante, a professora afirma que a tutela preventiva do crédito é realizada por meio dos instrumentos de conservação da garantia patrimonial os que são voltados a impedir que o devedor, dispondo do patrimônio, procure impedir que o credor possa ver seu direito satisfeito. Cf. FADDA, Rossella. **La tutela preventiva dei diritti di credito**. Napoli: Jovene, 2012. p. 4. Sem embargo, em torno ao debate de ser a tutela inibitória aplicável às relações de crédito, poderia existir certa reação na doutrina pelos seguintes motivos: i) uma conduta contrária ao direito e, portanto, sancionável pela sua não execução, não pode ser o não cumprimento dos contratos, melhor explicando, não existe dever de cumprir os contratos podendo o devedor suportar os gastos e danos que irá produzir; ii) de outra banda, parece que 'prevenir' qualquer comissão de algum ilícito em relações creditícias mediante a garantia de imobilizar os bens do futuro devedor, não afigura-se como prevenção, mas como o seu nome indica, como mera cautela, mera assecuração de uma possível inobservância das prestações devidas. Não pretendemos rui a tese proposta pela professora italiana, mas precisa-se definir detalhadamente em que casos pode existir uma verdadeira prevenção de um ilícito civil nas relações patrimoniais, sem que isso importe voltar ao tema da assecuração ou cautela que permitiria uma garantia caso o devedor mostrasse condutas tendentes a desobedecer o pactuado. Aceitamos sim que um forte indício para remédios preventivos atípicos e não disfarçados de garantias possa ser o fato de advertir debilidade patrimonial na esfera jurídica do devedor.

¹⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 24.

¹⁵¹ Cf. CHIARLONI, Sergio. Su taluni aspetti processuali del risarcimento del danno per lesione dei diritti della personalità. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, v. IV, 1995. p. 1177-1178.

¹⁵² LA ROCCA, Delia. La patrimonializzazione dei diritti nella scienza giuridica europea. In: MAUGERI Maria Rosaria; PALIDDA Rita (Org.) **Tra diritto e società**. Milano: Giuffrè, 2008. p. 150-151.

subjetivas. Por certo, trata-se de uma dicotomia entre direito e mercado. Contudo, já é lição conhecida de Ceccherini¹⁵³ apoiada em Proto Pisani para quem o tema é delicado tendo em vista a relação da tutela dos direitos e dos interesses de relevância constitucional, pois pelo seu próprio conteúdo não patrimonial, e claro, por outras características intrínsecas, requer uma tutela específica, preventiva, inibitória e urgente¹⁵⁴.

Em outros termos, se existe tutela inibitória, existe ação adequada que exija uma tutela jurisdicional voltada à prevenção¹⁵⁵ e não uma mera e simples tutela diferenciada, como bem quer certa doutrina peruana comentado anteriormente. Nessa linha, para garantir ao máximo essa proteção e torná-la efetiva, faz-se imprescindível munir o processo de meios particularmente simples e expeditos porque como o interesse em requerer esta tutela passa pelo crivo da urgência do remédio a ser dado, não existiria materialização alguma caso inexistisse, por exemplo, coerção, sentenças mandamentais, antecipação da tutela e outras técnicas dadas às partes e ao juiz. Embora seja tópico a ser tratado no item relativo à problemática atual que enfrenta a tutela jurisdicional preventiva, aproveita-se a oportunidade para reparar outros elementos que impossibilitariam a prestação da proteção jurisdicional inibitória. Desse jeito, a tutela jurisdicional inibitória, em teoria, não deveria ser prestada sob a moldura de uma ação de cognição plena e exauriente, pois não se pretende descobrir fatos danosos e atribuir responsabilidade subjetiva ou objetiva menos por culpa ou dolo. Posteriormente, se a sentença mandamental vem a ser apelada pelo réu, esta munir-se-á com o efeito suspensivo próprio da apelação o que, indisfarçavelmente, frustraria a tutela a ser prestada. Ademais, ilusório seria falar em prevenir um ilícito ou remover seus efeitos já deflagrados se a atividade probatória não se recusasse a indagar acerca da certeza da lei, da reconstrução dos fatos e se não tivéssemos nova óptica sobre a atividade probatória *pro futuro*. Finalmente, levando em consideração que terceiros sujeitos

¹⁵³ CECCHERINI, Grazia. Risarcimento in forma specifica e diritti della persona: una nuova forma di tutela? **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli: Jovene, v. II, 1993. p. 75.

¹⁵⁴ Embora a tutela preventiva corresponda à tutela específica, pois guarda da inviolabilidade dos direitos, daquilo que deve ser tutelado pelo processo *per se*, sem conversão em pecúnia e dando um equivalente; salvando, ademais, o fato de a tutela urgente ser manifestação processual que nem necessária e exclusivamente tutela a forma de proteção material preventiva, é bom revisitar, PROTO PISANI, Andrea. La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela. **Foro Italiano**, 1990. v. V. Cap. 3.

¹⁵⁵ É desse parecer, também, PÉREZ-RAGONE, Álvaro. La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, v. XXVIII, 2007. p. 217.

que possuem a mesma atividade do réu vencido podem atuar da mesma forma nociva, deve se repensar a eficácia *ultra partes* da sentença mandamental que imponha um fazer ou não fazer visando à prevenção do ilícito. Como dito, esses novos desafios para a tutela preventiva dos direitos serão tratados prospectivamente.

O direito à técnica adequada a viabilizar a prevenção dos ilícitos civis, como expressão do direito fundamental de ação, esvaziar-se-ia de conteúdo e realização prática se não se antepuser o valor da dignidade da pessoa humana sobre os bens, sobre o mercantilismo. De nada serviria alguma teoria ou tese e menos ainda a contribuição se a preferência dos códigos processuais civis não fosse aquela por tutelar específica e adequadamente os direitos. Ou melhor, tendo como estandarte o mencionado por Tocqueville¹⁵⁶, dar-se-ia uma meia justiça reduzindo todos os processos a questões de ressarcimento por equivalente.

3.2.2 Sobre o princípio constitucional de prevenção e o impacto na concepção clássica da jurisdição

3.2.2.1 Recensão do conceito clássico de jurisdição

Para analisar e contribuir com o estudo da tutela jurisdicional preventiva é preciso diferenciar que esta tutela ora tratada não encontra sua razão de ser na própria característica de inviolabilidade dos direitos fundamentais materiais. Se muito foi pensado sobre diferenciar ou identificar as peculiaridades da tutela dos direitos, da sua forma de proteção e da proteção jurisdicional ou tutela jurisdicional, foram acumuladas, portanto, reflexões capazes de não deter o avanço nesse campo e propiciar que se afirme que a tutela jurisdicional inibitória - *ação inibitória* – encontra fundamento constitucional na própria inviolabilidade dos direitos fundamentais.

Ora, se o direito fundamental material, para ser qualificado como tal, precisa não só de uma forma de tutela, mas também de uma tutela jurisdicional que seja adequada a esta tutela material (ressarcitoria, inibitória etc.), resta óbvio que esta tutela jurisdicional tenha como precípua missão não só aparecer como tutela do

¹⁵⁶ Citado por CHIANALE, Angelo. **Diritto soggettivo e tutela in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1993.

dano já ocorrido, mas, sobretudo, como cuidado contra qualquer ameaça de dano ou lesão.

A tutela jurisdicional contra o ilícito, seja para inibi-lo ou para remover seus efeitos, precisa de nova definição da jurisdição e, ainda mais do que isso, exige fornecer um princípio geral de prevenção a ser atuado pela jurisdição. Contudo, motivados em contextualizar o que será desenvolvido, precisar-se-á revisitar concisamente concepções elaboradas em torno à jurisdição.

No entender de Chiovenda¹⁵⁷, a jurisdição é a função encomendada ao Estado – caráter publicista contribuição de Degenkölb –, que tem por escopo a realização da vontade concreta da lei por meio de uma substituição da autotutela pela atividade de órgãos públicos quer para afirmar a existência desta vontade – *declaração* –, quer para torná-la efetiva na etapa posterior – *execução*.

O jurista romano chega a plasmar nas suas *Istituzioni*¹⁵⁸ que a jurisdição envolveria atuação da lei; assim, não poderia existir sujeição à jurisdição onde não se tem sujeição à lei. Chiovenda, em frontal reconhecimento da lei como única forma de poder do Estado, reduzia a jurisdição a mero reflexo dos ditados legislativos, não podendo se basear em nada mais senão na lei.

Posteriormente, Carnelutti optou por qualificar a jurisdição como mera forma de composição da lide – conflito intersubjetivo de interesses em que uma parte detém uma exigência resistida – sendo este entender extremamente reduzido à jurisdição contenciosa. Mas, como dito no livro *diritto e processo*, sob a pena de Carnelutti, a jurisdição teria como finalidade o adimplemento da lei, que, parece ser finalidade homologa àquela teoria chiovendiana da atuação da vontade da lei.

Existe outra teorização importante acerca da jurisdição. Calamandrei também advoga pela função da jurisdição como atuação do direito objetivo, deixando transparecer que o direito objetivo ao ter como estrutura o ordenamento jurídico, produção fundamentalmente legislativa, seria a única preocupação da jurisdição, atrelando ao juiz, novamente, aos confins da norma.

Enfatiza-se que esse influxo do microparadigma cientificista do processo civil encontrou ferrenhos seguidores, sobretudo na Escola Processual de São Paulo, inicialmente liderada por Enrico Liebman. Cabe lembrar que tanto nos ensinamentos

¹⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **L'azione nel sistema dei diritti**. Saggi di diritto processuale civile. v. I. Milano: Giuffrè, 1993. p. 3,ss.

¹⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. II. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 55.

de Grinover, Dinamarco e de Araújo Cintra, quanto do trabalho individual do professor paulista, Cândido Rangel Dinamarco, encontram-se manifestas afirmações sobre a jurisdição como função dada ao juiz para atuar a vontade da lei.

Nesse prisma é que a doutrina processual peruana representada pelo professor Monroy Gálvez, para o tempo em que foi projetada, serviu como conceito unívoco para a processualística peruana contemporânea. Em verdade, a definição contém traços marcantes de uma atuação ou aplicação da lei ao caso concreto e, sobretudo, uma cor evidentemente conflitualista o que impossibilita que a jurisdição abarque um princípio de prevenção para que o remédio jurisdicional pondere a intervenção prévia. Frise-se, antes de reproduzir o fragmento do professor, que a definição dada por ele mesmo, não se traduz em termos de tutela de direitos e sim em mera pacificação da sociedade mediante a resolução dos conflitos.

Assim a jurisdição *é o poder-dever do Estado, previsto para solucionar conflitos de interesses intersubjetivos, controlar as condutas antissociais e também a constitucionalidade normativa, em forma exclusiva e definitiva, por meio dos órgãos especializados que aplicam o direito que corresponde ao caso concreto, utilizando seu império para que as decisões dadas cumpram-se de forma firme e promovendo, por meio delas, uma sociedade com paz social e justiça*¹⁵⁹.

Semelhante definição, em verdade, é muito útil não só para quem esteja aprendendo direito processual clássico, mas também para o crítico e estudioso que pretenda fornecer à jurisdição novas tarefas diante do neoconstitucionalismo e da teoria da tutela dos direitos.

Esse argumento, contudo, merece um exame mais detalhado.

Parta-se do fato de a jurisdição não poder ter como eixo central a resolução dos conflitos intersubjetivos, pois se afigura notório que a resolução de conflitos é função que, assim como generosa e útil, é ampla e muito vaga. Esmiuçando a obra do mestre, ele entende que a resolução dos conflitos passa por identificar que conflito não necessariamente leva a uma definição inerente ao conflito ou ao contencioso. Para ele, o conflito aparece quando o autor, dentro do processo, dirige a demanda com as pretensões respectivas ao réu, por meio do órgão jurisdicional. A definição carece por não conseguir absorver respostas a estas questões: o que estaria inserto dentro do universo conflito de interesses; tão somente a violação? A

¹⁵⁹ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis. 1994. P. 240.

prevenção? As duas? Nesse teor, o processualista peruano apenas deixa transparecer que se a jurisdição resolve os conflitos e atua ou aplica o direito ao caso concreto, essa aplicação nem sempre pode ser definidora do conflito, pois nada garante que o próprio processo, tal qual conhecido pelo menos no Peru, possa prestar tutela adequada e efetiva inclusive aos direitos que se contentam com mera reparação em pecúnia.

Destarte, poder-se-ia inferir inicialmente que o universo *solução de conflitos* implica, *in toto*, qualquer demanda que o ator, titular de uma pretensão material, direcione ao réu. Lamentavelmente, uma teoria da tutela dos direitos e da tutela jurisdicional efetiva não pode ter como fundamento ou como gênese a solução dos conflitos, pois, ao não desmitificar a abstração e o conteúdo dessa expressão, mal poderia se afirmar como o processo será pré-ordenado normativamente e, mais grave ainda, que o remédio ou resultado poderia ser fornecido para algo do qual ainda não se conhece conteúdo. Note-se que a tutela inibitória como forma de proteção dos direitos fundamentais e materiais exige do Estado uma tutela jurisdicional efetiva e adequada que se reconheça influenciada por esta ideologia ou teoria da tutela dos direitos. Dado que esta nova forma de ver o processo, desde uma óptica neoconstitucionalista, permite ao juiz modular a norma e seus efeitos, assim como priorizar o seu papel criacionista em direta confluência com o dever de tutela imposto pela Constituição. É por isso que o olhar deve ser endereçado para um princípio geral de prevenção.

É lícito resumir junto com Rapisarda¹⁶⁰ que os processualistas e diplomas processuais pós-chiovendianos elaboraram teorias e conceitos sobre a jurisdição sob um duplo ângulo. Primeiro, existiu tendência a favorecer o espaço da liberdade individual em relação à autoridade estatal, fato que trouxe a consequente preponderância do direito subjetivo na função da jurisdição. Assim, isso permitiu o prestígio de uma postura garantista graças à qual a principal finalidade da jurisdição vinha a ser a reintegração do direito subjetivo violado. Assim, as relações jurídicas privadas de cunho econômico consideraram-se matéria-prima para a atividade jurisdicional, transformando a jurisdição em atividade excluída de prevenir o ilícito e unicamente ser sucessiva à violação do direito.

¹⁶⁰ RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987. p. 17-18.

Em segundo lugar, desde que a teoria da tripartição dos poderes invadiu toda e cada manifestação do direito, à jurisdição passou a ser conferida a função de garantia contra o abuso, noção que, por onde se observe, inviabiliza falar em termos de inibição do ilícito. Era lógico pensar que o poder de polícia e de controle prévio ao acontecimento de qualquer atividade ilícita ou danosa, constituía função exclusiva e excludente da Administração Pública.

Conforme Marinoni¹⁶¹, o mais importante para uma nova concepção de jurisdição é a possibilidade de o juiz controlar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto. Certo é que existem normas que impõem deveres de legislar aos parlamentares e há direitos fundamentais que, mesmo repousando na norma constitucional por si mesma eficaz, requerem trabalho de regulamentação mediante atuação legislativa. Caso isso não aconteça, inexistirá proteção aos direitos fundamentais ou materiais. Perante essa situação e como foi afirmado no decorrer do segundo capítulo, a missão fundamental da jurisdição consiste no dever de o juiz tutelar o direito fundamental em caso da ausência de norma que lhe reste concretização e, portanto, inexistir proteção normativa pelo legislador. Segue a mesma orientação Didier Jr.¹⁶² quando afirma que qualquer definição de jurisdição deve estar de acordo com as diversas transformações pelas quais passou o Estado nos últimos tempos.

Sintetizando a premissa exposta, não é possível utilizar a noção de jurisdição criada especificamente para um modelo de Estado inexistente – isto é, Estado de Direito clássico – notadamente em razão de certos fatores, dentre os quais estão: o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais que impõe aplicação direta das normas que os consagram; e a criação de instrumentos processuais para suprir a omissão legislativa e, inclusive, impor ao legislador a alteração da sua metodologia e técnica legislativa, tendo em vista a criação de normas processuais abertas em direta transferência ao órgão jurisdicional da tarefa de completar o ordenamento jurídico.

Picardi¹⁶³ observa que é verdade que hoje o juiz é chamado a desenvolver funções que ontem pareciam reservadas a outras sedes institucionais, evento que nos permite vivenciar um considerável incremento dos poderes do juiz. Vinculando

¹⁶¹ MARINONI, 2012a, op. cit., p. 99.

¹⁶² DIDIER JR., op. cit., p. 89.

¹⁶³ PICARDI, op. cit., p. 15.

tal dicção de Picardi ao afirmado por Cappelletti¹⁶⁴, quando defende que a produção do direito por obra dos juízes incrementa-se em todos os sistemas jurídicos democráticos, ter-se-á por óbvio que a expansão jurisdicional constitui principal novidade na recente evolução das democracias contemporâneas.

Sem embargo, não se deve esquecer o fio condutor deste subítm: a jurisdição classicamente concebida não mostra utilidade alguma para reestruturar uma tutela jurisdicional voltada à prevenção do ilícito ou remoção dos seus efeitos. Se quisermos fornecer à jurisdição qualquer atributo preventivo, será necessário considerar uma política de Estado que permita inaugurar um princípio geral de prevenção.

3.2.2.2 O princípio geral de prevenção como fundamento constitucional da tutela jurisdicional inibitória

Busca-se com a definição de um princípio geral de prevenção poder refletir sobre: i) atipicidade da ação inibitória – e impedir a redução desta tutela unicamente a certos procedimentos especiais tendentes a prevenir um ilícito, restringida para os direitos absolutos e ii) a possibilidade de a jurisdição não estar cingida à intervenção *a posteriori* da verificação do dano, mas uma jurisdição que, ao conhecer das ameaças do direito, possa servir como princípio geral de prevenção a ser manifestado na ação inibitória atípica.

Resulta fácil cogitar, nessa seara, que a função preventiva da jurisdição encontra fundamento não na inviolabilidade dos direitos fundamentais, mas no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva para a tutela de direitos que não suportam uma tutela jurisdicional ressarcitória. Procura-se saber se a atipicidade da tutela jurisdicional preventiva poderia significar mudança paradigmática do modelo processual e concluir que deve ser regra geral ponderar a prevenção sobre a indenização ou, pelo contrário, se a tutela jurisdicional inibitória constitui uma *ave raris* que deve estar expressa e limitadamente tipificada nos procedimentos que o legislador, arbitrariamente, considerou necessário instituir tão só para alguns direitos¹⁶⁵.

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, 1974a, op. cit., p. 24.

¹⁶⁵ Ver ao respeito; MARINONI, 2006, op. cit., p. 71.

A dogmática italiana de meados da década de setenta, comandada por Aldo Frignani¹⁶⁶, empenhou-se em tratar o instituto da tutela inibitória basicamente na busca de uma norma na qual pudesse ser noticiada a atipicidade da tutela inibitória. Frignani chegou à conclusão de que o art. 700 do *Codice di Procedura Civile* italiano de 1942 poderia conter semelhante princípio de atipicidade da *azione inibitoria*. No entanto, o que Frignani tinha descoberto eram os *provvedimenti d'urgenza*¹⁶⁷; verdadeira esquisitice terminológica com a que o legislador processual italiano queria definir a tutela cautelar inominada. Na obra do professor de Modena, existe a seguinte teorização: tanto a ação inibitória final quanto a provisória constituam-se em faces de uma mesma moeda e ambas, ao estarem tipificadas no art. 700 do CPC italiano de 1942, habilitava a pensar em um princípio geral de prevenção a ser praticado pela via da ação inibitória.

Acompanhe-se a seguinte recensão: se Frignani afirma ser o dispositivo normativo *supra* citado uma garantia da tutela inibitória provisória, seria ilógico negar a existência de uma consequente tutela inibitória final a ser prestada com a produção da sentença. Sob a óptica da teoria geral do direito e das técnicas legislativas, o art. 700 do CPC italiano é verdadeira *regra* que possibilita a tutela cautelar inominada. Assim, a teoria de Frignani realmente resulta milagrosa, pois o professor da Universidade de Turim pretenderia incluir nessa regra cautelar a ação inibitória provisória e final. Isto é, para o civilista italiano existe homologação de uma tutela jurisdicional provisória e uma final. A cautela acabou tornando-se satisfação *tout court*. Ora, torna-se difícil esclarecer ou levantar qualquer dúvida em relação à

¹⁶⁶ FRIGNANI, op. cit., p. 371,ss.

¹⁶⁷ Registrando ser possível que inclusive os *provvedimenti d'urgenza* tenham estrutura cautelar com possibilidade de serem antecipados os efeitos da sentença, aparece Tommaseo afirmando no cenário italiano que tem se constituído em costume que o caráter cautelar da tutela urgente e dos provimentos de urgência italianos não tenham impedido afirmar a uma vasta corrente jurisprudencial que pode ser utilizada essa forma de tutela cautelar com finalidade claramente antecipatória e satisfatória. Embora seja verdade que outra questão é a problemática da cautelaridade e da antecipação, salve-se a lição do professor italiano ao definir a figura do art. 700° como técnica cautelar. Cf. TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza**. Struttura e limite della tutela anticipatoria. Milano: Giuffrè, 1983. p. 4-5. Veja-se também a lição de Giovanni Arieta indicando que o legislador de 1942 tem introduzido no CPC italiano, ademais das típicas e tradicionais medidas cautelares (sequestro conservativo, denúncia de obra nova e de dano temido e procedimento de instrução preventiva), o art. 700 segundo o qual fora dos casos regulamentados na seção precedente deste título, quem tem fundado receio que durante o processo o direito seja ameaçado de iminente e irreparável prejuízo, pode requerer do juiz um provimento de urgência para assegurar provisoriamente os efeitos da sentença sobre o mérito. Cf. ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza ex. art. 700 C.P.C.** Padova: CEDAM, 1985. p. 55. Destarte, resta lógico a cautelaridade dos *provvedimenti d'urgenza*, ideia que ao, ser utilizada por Frignani como fundamento atípico da ação inibitória final e provisória, confunde grosseiramente satisfação com assecuração. Ver também, PROTO PISANI, 2010, op. cit., p. 629.

equiparação realizada por Frignani quando, por meio desta investigação, acaba fundindo uma função preventiva com uma função assecuratória própria da tutela cautelar.

Se o diploma processual italiano de 1942 nunca objetivou efetivar uma tutela jurisdicional preventiva por causa da então ideologia imperante, resta dizer que o art. 700 não foi idealizado para tal prestação de tutela jurisdicional preventiva, cabendo-nos afirmar que, a partir da inspiração do legislador italiano nos art. 935 e 940 do *Zivilprozessordnung* alemão¹⁶⁸, foi introduzida no CPC Italiano de 1942 regra processual de medidas cautelares atípicas com função nitidamente antecipatória e assecuratória.

Motivado por tal entendimento apareceram diversas doutrinas reacionárias à ideia de optar por considerar ao art. 700 do diploma processual italiano como um princípio da tutela inibitória atípica ou geral.

O professor romano Adolfo di Majo¹⁶⁹ tem denunciado que o remédio previsto no art. 700 do CPC de 1942 possui natureza cautelar e erige-se necessariamente como instrumental à decisão de mérito. Daí que não possa ser retirada a teoria de obter em via cautelar também uma decisão final na presença da simples ameaça que requer o dispositivo 700 do Código Processual Civil italiano. Marinoni¹⁷⁰ continua a crítica com o intuito de encaminhar o entendimento citando outro trecho de di Majo no sentido de *as medidas cautelares pressuporem que uma violação já tenha acontecido e que não seja simplesmente objeto de ameaça ou que em relação a ela existam indícios*¹⁷¹.

Encerrando a crítica sobre a impossibilidade de pensar no princípio legal da atipicidade da ação inibitória no art. 700 acima citado, o professor paranaense

¹⁶⁸ As chamadas *einstweilige Verfügungen* ou medidas cautelares atípicas.

¹⁶⁹ DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 157.

¹⁷⁰ MARINONI, 2006, op. cit., p. 75. E para um entendimento da necessidade de afastar a antecipação da cautelaridade e da prevenção com a cautelaridade, ver por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutelas urgentes y tutelas preventivas**. Lima: Communitas, 2010a. p. 33,ss.

¹⁷¹ No direito italiano existe um paralelo entre a inibitória final e a provisória, sendo que a primeira, em verdade, encontra dificuldade para adotar uma base positiva em que seja definido um princípio geral de prevenção. De outro lado, no que tange à inibitória provisória, Libertini tem afirmado que a diferença da inibitória final, existe hoje um seguro fundamento textual no ordenamento italiano que é constituído pelo art. 700° c.p.c., dispositivo que entrega positividade à inibitória provisória. Frise-se que Libertini não mistura a inibitória final nos confins da norma acima citada. Cf. LIBERTINI, Mario. La tutela civile inibitoria. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.) **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. v. I. Jovene: Napoli, 1989. p. 316. Confirma-se, nesse sentido, DENTI, 1989, op. cit., p. 136; RAPISARDA, op. cit., p. 117; ASTONE, Antonino. **L'autonoma rilevanza dell'atto illecito**. Milano: Giuffrè, 2012. p. 132-133. No direito brasileiro também existe identificação do art. 700 c.p.c. italiano como forma de tutela inibitória provisória. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2004. p. 208.

continua esclarecendo ao indicar que essa norma italiana é semelhante à norma do art. 798 do CPC brasileiro de 1973, tal norma, portanto, diria respeito apenas à tutela cautelar. Adverte o professor que na Itália ocorreu uma perversão da tutela de urgência passando a albergar a tutela antecipatória inibitória como válvula de escape para a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, pois a demora excessiva do processo impedia que as ações inibitórias fossem realmente efetivadas de forma tempestiva.

Consequentemente, no cenário processual italiano, em torno da identificação de um princípio geral preventivo ou de um princípio que permita teorizar a atipicidade da ação inibitória, encontra-se unicamente a garantia do art. 24º da Constituição italiana¹⁷². Veja-se que a insuficiência normativa própria do CPC italiano não permite identificar nele esta atipicidade da ação inibitória. O jurista italiano deve apelar ao princípio constitucional de efetividade processual para inaugurar qualquer teoria sobre a atipicidade da ação inibitória. Afirma Marco Sica¹⁷³ que, como a Constituição italiana não prevê um modelo específico de tutela jurisdicional, se espera do legislador atividade legislativa que permita disciplinar a matéria. Contudo, parece que a solução italiana provém de mero exercício hermenêutico e não de codificação deste princípio de atipicidade – ou definição vaga e inexata no art. 24 da Constituição.

Pois bem, se o princípio de efetividade processual retirado do art. 24 da Constituição permite falar em atipicidade da ação inibitória, afirmar-se-ia em subprincípio juntamente com os demais subprincípios derivados da efetividade processual, tais como o subprincípio de atipicidade de medidas executivas, da fungibilidade da tutela inibitória ou outros tantos subprincípios derivados da efetividade processual, que, aliás, é manifestação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Se essa cadeia de interpretação é confusa, então atingiu sua finalidade, qual seja, de propiciar um estado de dúvida para motivar a busca de uma solução que permita instituir um princípio de atipicidade da tutela jurisdicional inibitória e não mera reciclagem interpretativa.

¹⁷² É de esse parecer, RAPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. Inibitoria. **Enciclopedia Giuridica Treccani**. v. 17. 1989. p. 8-9.

¹⁷³ SICA, Marco. **Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza**. Milano: Giuffrè, 1991. p. 4-5.

Maria Rosa Maugeri¹⁷⁴, em trabalho sobre a tutela inibitória ambiental, alinha-se à orientação *supra* mencionada. Indica, apoiada em Taruffo e Rapisarda, que o art. 24 da Constituição retém um princípio geral do qual se faz possível deduzir a admissibilidade de uma tutela inibitória que seja indispensável para a útil e completa atuação de uma situação substancial. Essa função dada à jurisdição e corporificada em um princípio geral decorre da necessidade preventiva diante da impossibilidade ou inadequação de estender remédios ressarcitórios para todas as *fattispecies* levadas ao processo.

Da mesma forma, essa relevância constitucional dada ao princípio de atipicidade sobrepõe a tutela inibitória à indenizatória em relação aos direitos de conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial. Assim, a insatisfação de uma tutela jurisdicional *ex post* à violação de direitos incólumes impõe ao jurista italiano exercer maiêutica para averiguar no art. 24 um princípio que admita a tutela inibitória atípica. Na mesma linha, Anna Puleo¹⁷⁵ também desenha razões para emancipar a tutela inibitória de qualquer redução à casuística ou tipicidade, salientando que, após a codificação da década de quarenta, procurou-se o direcionamento de um modelo geral, atípico e autônomo de tutela preventivo-inibitória, do qual, com o advento da Constituição decorre em imediato e direto a instalação, no marco dos valores fundamentais, dos valores legados à pessoa e ao cânon da efetividade da tutela jurisdicional. Com tal parecer, a professora da Universidade de Catania aloca um princípio geral preventivo-inibitório na Carta constitucional, manifestado na efetividade da tutela jurisdicional. Porém, continua nos parecendo que a ampla abertura e vagueza da norma constitucional italiana (art. 24) relativa à garantia da tutela dos direitos em razão da sua generalidade possa considerar-se fundamento positivado para um poder geral inibitório do juiz¹⁷⁶.

¹⁷⁴ MAUGERI, Maria Rosaria. **Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria**. Milano: Giuffrè, 1997. p. 17.

¹⁷⁵ PULEO, op. cit., p. 165.

¹⁷⁶ Tal parecer é acompanhado por Antonino Astone, quem em trabalho recentíssimo sobre a tutela inibitória e o ilícito tem plasmado o seguinte: *A generalidade do remédio em questão é justificada na base da norma constitucional (art. 24 °) que garante o exercício da tutela processual dos direitos pois suscita um interesse concreto para obrar com a finalidade de obter a declaratória do comportamento omissivo. Sem embargo, não parece que esta garantia, tendo em vista a sua generalidade, possa ser considerada como fundadora de um poder inibitório geral do juiz. Pelo contrário, deve individualizar-se o remédio em exame considerando a necessidade particular de tutela de cada caso.* Prossegue o professor da Universidade de Mesina solucionando esta divergência de entender afirmando que *o perfil funcional do ilícito permite atribuir à tutela inibitória a qualidade de remédio de aplicação geral. A lesão de uma situação de interesse como pressuposto e elemento de individualização da ilicitude implica que a tutela de cessação junto com a tutela ressarcitória possa proteger todos e quaisquer*

Deixando o *tertium comparationis* com o ordenamento jurídico italiano, cabe fazer referência à Constituição Federal do Brasil de 1988, importante Lei Maior que resguardando o direito fundamental de acesso à justiça e o princípio de inafastabilidade da jurisdição, tem previsto evidentemente um princípio geral preventivo.

O art. 5º inc. XXXV¹⁷⁷ presenteia-nos com uma previsão constitucional da tutela jurisdicional preventiva. Eis o teor do dispositivo:

*interesses. Daí que se existisse como único remédio contra o ilícito o ressarcimento contra o dano sem possibilidade alguma de bloquear a atividade lesiva da conduta, presenciar-se-ia o fracasso do sistema normativo como conjunto de comportamentos axiologicamente qualificados para a realização dos interesses da comunidade jurídica. Cf. ASTONE, op. cit., p. 130-131. Apesar da inovadora solução do civilista italiano, ressalvas devem ser direcionadas a esse entender. Primeiro, corrija-se o expressado pelo autor no sentido de indicar que a garantia da tutela dos direitos contida no art. 24 da Constituição italiana suscita um interesse concreto para obrar com a finalidade de obter a declaratória do comportamento omissivo. Veja-se a construção chiovendiana que realiza o autor ao restringir perigosamente a tutela inibitória à mera declaração da ilicitude de um ato deixando-se, desde logo, uma feição meramente declarativa à jurisdição, isso importa atribuir à jurisdição de *cognitio* e não *executio* ou *coertio*. Este perfil funcional do ato ilícito defendido pelo autor, tampouco satisfaria pontualmente a dúvida que se encaixa no momento de perguntar quando um fato é ilícito e quando não o é para posteriormente declarar a ilicitude.*

De outro lado, Antonino Astone conduz críticas acirradas aos doutrinadores que assumem ter encontrado princípio geral preventivo no art. 24 da Constituição italiana, ou melhor, na garantia do acesso à justiça. Como foi salientado no corpo do texto, no direito italiano não existe norma nem com moldura de regra e menos de princípio que especificamente dedique-se a definir um princípio jurisdicional preventivo. É por isso que a dogmática italiana – de forma pacífica – tem encontrado neste princípio de acesso à justiça uma produção interpretativa para inaugurar uma ação inibitória atípica e geral. Astone afirma que este não deve ser o fundamento, pois parece um muito difuso e vago o conteúdo do art. 24º. Pelo contrário, a busca de um princípio geral deve descansar no 'perfil funcional' do ato ilícito. Por perfil funcional do ilícito, o autor italiano sugestivamente, indica que o ato ilícito – e, portanto, a possível ameaça de lesão – deve levar ao titular do direito a reclamar tudo e qualquer remédio preventivo ou inibitório. Em caso exista degeneração ao dano, deverá reclamar uma indenização. Assim, o ato ilícito mesmo pretendido de ser separado do regime de responsabilidade para o autor cogitar em uma autonomia, fracassa ao querer fundamentar um *princípio processual preventivo-inibitório* em um instituto de direito material que facilmente parece ser uma forma de proteção do direito, isto é, prevenção, ressarcimento etc. Assim, tentaremos uma analogia desde os campos do direito material e das suas formas de proteção. Se o ilícito corresponde à prevenção e, portanto, a uma ação inibitória, o dano corresponde a uma ação ressarcitória. Ora, pretender que esta forma de tutela material do direito fundamente um princípio jurisdicional preventivo, importaria misturar normas materiais no âmbito netamente processual. Que o direito material deva guiar e conduzir a criação de normas ou regras processuais tendentes à tutela jurisdicional um direito, ninguém discute. O que é denunciado neste ponto é que o princípio geral de prevenção pertence ao macrosistema e não ao microsistema processual (regras), não devendo, portanto, assumir que princípios processuais derivam de princípios ou institutos de direito material. A nosso ver, Astone pretenderia encontrar um princípio geral preventivo, mas não necessariamente atribuído à jurisdição, senão, dentro do mesmo ordenamento jurídico. Ora, como aqui é tratada com empenho a introdução de um princípio geral preventivo inerente à jurisdição, faz-se impossível reduzi-lo a uma forma de proteção do direito material.

Para a analogia ilícito é à prevenção como o dano à indenização, ver FRANZONI, Massimo. **Trattato della responsabilità civile**. v. II. Il danno risarcibile. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010. p. 254-255.

¹⁷⁷ BRASIL - Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

Art. 5º.-

[...]

Inc. XXXV.- A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito.

Cada vez que o aparato judiciário for exigido de tutela mediante o direito fundamental de ação, o órgão jurisdicional deverá deflagrar uma série de atividades que visarão à tutela jurídica efetiva, adequada e específica dos direitos levados ao processo.

Assim, essa valiosa abertura e caráter geral de que goza este direito fundamental de acesso à justiça permitirá ao titular de qualquer direito solicitar uma tutela caso seja lesado um direito. Até este ponto todas as Constituições conhecidas definem uma tutela jurisdicional repressiva. A inovação encontra-se no fato de a tutela jurisdicional não ser neutra e, menos ainda, não se omitir da função preventiva da qual o Estado lhe encarregou na redação da norma constitucional em tratamento.

Certo é que a CF de 1988 garante um devido processo, mas também é assegurado o acesso a um processo tendente a evitar lesão do direito mediante uma tutela jurisdicional preventiva. O jovem processualista Spadoni¹⁷⁸ também sublinha o que se afirmou no início deste subitem; isto é, a admissibilidade de uma tutela jurisdicional preventiva atuada antes da ocorrência da violação do direito produz relevantes reflexos na forma de se compreender a jurisdição. Assim, prossegue o autor que essa função preventiva permite que a jurisdição deixe de ser vista como atividade estatal acionada apenas após a ocorrência da violação do direito com o fim de repor as coisas ao *status quo ante*. Adicionamos que a feição preventiva da jurisdição impõe-lhe o dever de tutelar os direitos inclusive antes da aparição da própria atividade ilícita.

Repita-se mais uma vez que se os direitos fundamentais são definidos e munidos de inviolabilidade, a sua forma de proteção já lhes foi dada, restando unicamente exista uma tutela efetiva, pois, no dizer de Marinoni¹⁷⁹, a falta de efetividade da tutela jurisdicional implica a existência de um ordenamento jurídico incompleto. Em outros termos, se o Estado define direitos e formas de proteção, se ao mesmo tempo veda a autotutela para mediante processo jurisdicional monopolizar a prestação jurisdicional, esta deve ser modelada de acordo com direitos fundamentais; e mais, o fato de instituir princípio geral preventivo jamais

¹⁷⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 28.

¹⁷⁹ MARINONI, 2006, op. cit., p. 79.

permitirá cogitar que a ação inibitória dependerá dos procedimentos definidos nos diplomas processuais pois, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva reclamará do juiz uma utilização de técnicas adequadas e modelação do procedimento conforme aos direitos fundamentais, inclusive na total inexistência de regra concretizadora deste direito fundamental processual, pois a omissão inconstitucional não deve lhe privar de exprimir e otimizar o dever de tutela preventiva amparado no art. 5º, inc. XXXV da CF de 1988.

Seguindo ao ideólogo¹⁸⁰ da tutela inibitória no Brasil, a inserção da locução “ameaça de direito” na verbalização do princípio de inafastabilidade teve por fim garantir a possibilidade de qualquer cidadão solicitar tutela inibitória e de se pensar em termos de jurisdição preventiva e não meramente repressiva. É lógico que nos casos em que as Constituições de outros sistemas jurídicos estrangeiros não definam ou reconheçam positivamente um princípio geral de prevenção da jurisdição, parecerá lícito sustentar e interpretar a tutela jurisdicional efetiva como dever de tutela constitucional do Estado voltado não unicamente à sanção, repressão e indenização, mas, sobretudo, em função do caráter de incolumidade dos direitos, priorizar uma tutela jurisdicional preventiva, como expressão de um novo entendimento da jurisdição desde o germe do neoprocessualismo.

3.3 A QUESTÃO DA TUTELA INIBITÓRIA COMO TUTELA CONTRA O ILÍCITO

3.3.1 O ilícito como objeto da tutela jurisdicional inibitória. A sua problemática

A ação inibitória tem como objeto de proteção ou tutela a inviolabilidade dos direitos, sendo que no plano do seu conteúdo trata-se de uma tutela específica dos direitos e, no plano da oportunidade, de tutela *ex ante* da violação do direito. Essa inviolabilidade tem relação umbilical com o perigo ou a ameaça que traz consigo qualquer conduta contrária ao direito que, cronologicamente, não deságua em dano. Melhor dizendo, a tutela inibitória preocupa-se com o ato ilícito que eventualmente pode levar a um dano; dano este que para a tutela inibitória é fato de descumprimento. A tutela jurisdicional inibitória não visa prevenir o dano e muito

¹⁸⁰ MARINONI, 2009a, op. cit., p. 86 e; MARINONI, 2006, op. cit., p. 81-82.

menos trabalhar movendo-se entre categorias de direito de danos ou de responsabilidade civil.

Semelhante teoria continua a ser radical no meio jurídico e como escolha de política jurisdicional, pois não era costumeiro – nem na forma material ou processual – mostrar interesse e, muito menos, proteger eventos que unicamente constituíssem ameaça de atividade ilícita e não dano. Dessa forma, tanto o civilista quando o processualista de orientação ideológica, se mostrariam céticos se tivessem que pensar em prevenir atos contrários ao direito, mas ainda não produtores de dano. Para o ideólogo de um ordenamento jurídico clássico, direito que não importe uma indenização não constitui preocupação¹⁸¹.

Paralelamente à problemática da inexistência de tutela preventiva, revelou-se natural identificar o ilícito com o dano, a raiz da impossibilidade de prevenir que o cidadão ou burguês realizasse ação não lesiva, senão conduta contrariando um dever jurídico sem consequência lesiva. Em verdade, acreditou-se que para cuidar da autonomia humana e da liberdade pessoal, não deveria existir categoria jurídica alguma que retratasse evento prévio à lesão do direito.

Barassi¹⁸² tem afirmado que a tutela preventiva dos direitos está voltada a prevenir o dano. Outrossim, cogita o jurista que a tutela dirigida a fazer cessar uma atividade ilícita teria natureza preventiva porque destinada a prevenir um futuro dano. Desse modo, vê-se inclusive na mais qualificada doutrina de então que prevenir o ilícito seria prevenir o dano e ainda mais, pois falar de homologação de ilícito e dano implicaria mover-nos nas areias da responsabilidade civil. Posteriormente veremos que a autonomia do ilícito como categoria jurídica não deve necessariamente estar atrelada ao regime de responsabilidade civil porque para a tutela inibitória preocupada com o ato contrário ao direito não incumbiria descobrir dano algum, e por óbvio que pareça, determinar uma conduta culposa ou dolosa.

A *ars distinguendi* do dano e ilícito foi motivada pela tutela contra a concorrência desleal na Itália. Assim, a letra do art. 2599 do Código Civil italiano regula que a sentença que declara a existência de atos de concorrência desleal inibe

¹⁸¹ É Michele Mòcciola quem soube advertir que no início dos anos sessenta apareceu uma orientação doutrinal voltada a colocar importância à distinção entre ilícito – como conduta antijurídica – e dano – como fato histórico, material, que pode ser (eventual) consequência do ilícito e que inclusive pode derivar de fatos não susceptíveis de tal qualificação –. Cf. MÒCCIOLA, Michele. *Problemi del risarcimento di danno in forma specifica nella giurisprudenza. Rivista Critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 1984. p. 367.

¹⁸² *apud* MARINONI, 2006, op. cit., p. 40.

a sua continuação e confere medidas para tais efeitos serem removidos. Ora, o art. 2600 do mesmo corpo de normas indica que para efeitos de complementar esta tutela e verificando atos de dolo ou culpa, o autor ficará obrigado a ressarcir o dano. Diante disso, indaga-se sobre a misteriosa natureza desses atos cometidos contra a concorrência leal sem dolo ou culpa positivados no dispositivo 2599 do C.C. italiano.

Se o art. 2043 desse ordenamento estabelece que qualquer ato doloso ou culposos que ocasione um dano injusto obriga ao ressarcimento, então observa-se sem maior complicação que a tutela contra o dano injusto – presente culpa ou dolo – é tributária da tutela ressarcitória e, portanto, de uma tutela *ex post* à ocorrência do dano, ao passo que a conduta sem dano ou culpa regulada pelo citado art. 2599, e que permite a remoção desses efeitos, parece ser amiga da tutela contra o ilícito ou, pelo menos, contra os efeitos de um ato ilícito *não danoso*.

Aldo Zela¹⁸³, tratando da questão do ilícito, conclui que o art. 2043 do C.C. italiano contém um único tipo de ilícito, razão que levou tanto Frignani quanto Rapisarda a se libertarem da camisa de força que pressupunha o art. 2043. Só assim seria possível teorizar outro tipo de ilícito e não o simples ilícito-dano. É verdade que Zela faz leitura do art. 2043 c.c. olhando para o ilícito danoso, mas perde de vista o ilícito que dispensa de culpa ou dano e que não é elemento da responsabilidade civil, portanto, objeto de indenização. Parece que escapou do autor peruano o fato de que do art. 2599 c.c. trata desses atos de concorrência desleal sem mirar culpa ou dolo.

Se o art. 2043 do c.c. italiano tem por *caput* ‘dos atos ilícitos’ e se tal dispositivo sanciona com reparação os atos culposos ou dolosos que produziram dano, entender-se-á que falamos de tutela contra o dano e que, por ser derivação do princípio *neminem laedere*, não importará qualquer prevenção do ato ilícito que configure perigo ou ameaça¹⁸⁴. É por esse motivo que se não se observar a tutela inibitória desde fora do âmbito do dano, não se poderá identificar um ato ilícito de um ato danoso. Em corajosa reação ao panorama italiano, o jovem processualista peruano afirma que a discussão em torno do ilícito na Itália é tema totalmente afastado da realidade peruana, portanto, infértil. Tal apressada afirmação pareceria ter o condão de ser autonegatória do próprio objeto do estudo de Zela, mas salva-se

¹⁸³ ZELA, 2004, op. cit., p. 90-91.

¹⁸⁴ MARINONI, 2006, op. cit., p. 44.

ao indicar que a análise do ilícito passa por estudá-lo sob a categoria de regras ou princípios para determinar a tipicidade ou atipicidade dos atos ilícitos.

Ainda sobre a complicada dicotomia em pauta, Benucci teoriza que o dano provaria a violação de certa norma e que a violação da norma ou perigo de ameaça é concomitante ou cronologicamente equiparável ao evento danoso. Prossegue distinguindo que o dano é consequência natural da periculosidade do ilícito e da sua capacidade de provocar um dano. Assim, o perigo seria elemento constitutivo do ilícito – de perigo –, entretanto, o dano já é expressão eventual da violação da norma. Em síntese, são dadas duas *fattispecies* diferentes¹⁸⁵.

Ademais, se o ilícito de perigo é uma potencialidade do dano eventual e ainda não real, deverá ser afastada qualquer tentativa de igualizar tais categorias. Em verdade, a tutela inibitória não se encarrega do dano virtual, pois a função dessa forma de proteção é velar pelo ato que sem lesar, mas sendo contrário ao direito, pode levar a uma antijuricidade não permitida pelo ordenamento jurídico. Daí que deva ser prevenida qualquer conduta que seja indiciária de alguma atividade ilícita.

Se ainda se prefere incorrer na contradição de que a tutela inibitória protege a potencialidade do dano, esta probabilidade ou virtualidade se confundirá com a responsabilidade civil, pois o objeto da cognição do processo tratará sobre a descoberta do futuro evento danoso. Ora, corresponderia ao azar e a um trabalho de oráculo querer adivinhar se o dano irá ser cometido e, pior ainda, antecipadamente atribuir culpa ou dolo quando o que é perseguido é uma conduta que funda um receio e não um dano, prescindindo, destarte, de inserir qualquer elemento relativo à responsabilidade civil. Em verdade, o rol do ilícito parece ser mais importante no regime da responsabilidade civil ou no regime do direito de danos pois é por meio do ilícito que pode ser mensurável o próprio dano¹⁸⁶. Se com o ilícito permite-se a comprovação do dano, uma vez descoberto o dano, este será o parâmetro final para a quantificação da indenização. Porém, evidencia-se no cenário jurídico peruano que a mais recente obra voltada à responsabilidade civil, da autoria de Juan Espinoza¹⁸⁷, ainda identifica que a tutela inibitória é aquela tutela civil que, falando em termos de temporalidade, visa à prevenção de um dano, sendo que a pretensão processual compatível com esta seria a tutela inibitória. Deixando-se de lado a básica

¹⁸⁵ BENUCCI, Eduardo Bonassi. Atto illecito e concorrenza sleale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, 1957. p. 569.

¹⁸⁶ PÉREZ-RAGONE, op. cit., p. 213.

¹⁸⁷ ESPINOZA, Juan. **Derecho de la responsabilidad civil**. 5. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2007. p. 51.

terminologia utilizada pelo civilista peruano, veja-se a persistência daquele viés de se supor que a tutela preventiva corresponde à prevenção do dano e, portanto, pertence à responsabilidade civil, *mas em momento anterior à verificação do dano*.

Faz-se importante admitir que graças ao processo conversor dos direitos em pecúnia preponderou o ressarcimento como único remédio material e jurisdicional que poderia ser dado aos cidadãos. Se para o legislador de direito civil foi preferível tutelar os direitos como entidades homólogas ao dinheiro, não caberia a um titular de um direito exigir do seu devedor uma conduta de fazer ou não fazer para proteger a integralidade de certo direito inconvertível ao dinheiro. E retenha-se o seguinte ponto: se para o legislador do Estado de Direito clássico todo direito era convertido ou expropriado a um montante de pecúnia, realmente não havia interesse algum em poder proteger que o direito não fosse lesado e não levasse a uma indenização. Se no Estado Liberal de direito presenciou-se a dicotomia *mercado vs. direito*, sendo o primeiro elemento de maior preponderância, nem o direito material e muito menos o processo jurisdicional podiam interromper o trânsito normal da dinâmica das relações sociojurídicas desse contexto, qual seja: exercício do direito, lesão de direito alheio (na ilusão da maior utilidade da liberdade humana) e, consequentemente, reparação em dinheiro pela lesão do direito.

Destarte, desde uma visão napoleônica do direito, nenhuma atividade humana poderia ser impedida de ser realizada, assim como também não era permitido ao juiz interromper a livre autonomia humana e ordenar uma conduta de fazer ou não fazer na procura de uma tutela de um direito que não pode ser convertido em dinheiro e que, pela sua singularidade, demanda do sistema jurídico e do juiz uma intervenção antecipada ao evento nocivo. Mas, como a patrimonialização é um dado real e de maior importância, o direito não pode atuar desde que não for verificado este dano¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Embora o tema da monetarização dos direitos seja tópico que fugiria aos limites do item relativo à ilicitude e sua tutela jurisdicional, devemos afirmar que a patrimonialização dos direitos ou a sua conversão em dinheiro faz preponderar o mercado sobre o direito, permitindo assim que o direito seja subjugado por um modelo estatal capitalista e que finalmente o direito perca o valor ético que envolve uma proteção dos direitos fundamentais e materiais que exigem incolumidade, intangibilidade. Indaga, La Rocca, o tema específico das técnicas de tutela e o mercado e passa por questionar-se se existe vitalidade em um sistema em que o pluralismo de situações protegidas corresponda a uma diferença de técnica de tutela em nível material como forma de proteção, isto é, com o próprio cuidado das relações intersubjetivas. Se isto for assim, o pluralismo subjetivo na sociedade e posteriores necessidades sociais, se espelhará no *pluralismo em formas de proteção jurídica*. Ora, esta diversidade também serve de germe ao processo para que tanto o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva como o direito de ação permitam que jurisdicionalmente esta pluralidade de

Se nos códigos civis ou legislação infraconstitucional material não se prestou atenção para as situações jurídicas extrapatrimoniais, propiciou-se expropriação desses direitos que, pela sua forma de proteção material desenhada na norma de direito material, nunca aludia à tutela por equivalente. Em verdade, um modelo de código civil de tutela dos direitos deve deixar a reparação em pecúnia como elemento de *ultima ratio* pois entende-se que se o direito for lesado, sempre existirá uma reparação posterior ao dano, que pode ou não reverter em indenização monetária¹⁸⁹. A virada copernicana encontra-se em instituir formas de tutela material que, ao adicionar aos textos legislativos o adjetivo de *inviolável* ou *intangível*, permitirá aos prospectivos legisladores de direito público – especificamente de direito processual – uma estruturação de técnicas e procedimentos voltados ao cuidado desta inviolabilidade toda vez que ela responde ao conteúdo *específico* da tutela, relegando, destarte, o culto exacerbado ao remédio ressarcitório¹⁹⁰.

Por esses motivos, se não existe desmitificação entre ilícito e dano, para se cogitar posteriormente em diferenciação de natureza dos interesses com os mecanismos de garantia material e proteção jurisdicional diversa de uma resposta patrimonial, teremos todos os elementos para qualificar ao Estado como um corpo político-jurídico marcadamente liberal e burguês em detrimento do cunho social caracterizador dos Estados contemporâneos¹⁹¹.

indivíduos, interesses, necessidades e direitos, possam ser albergados no processo através do que aqui denominamos *pluralismo em técnicas e procedimentos jurisdicionais*. Essa nova terminologia não tem maior pretensão que servir de reflexo de um evento sociológico que impacta no jurídico. Como dito há pouco, se o Estado incumbe-se com o reconhecimento de diversidades e pluralidade na sociedade – emergência de novos direitos –, não é bastante o frio reconhecimento no teor normativo, ou melhor, não basta definir estes direitos imbuídos de diversidade, precisar-se-á de respeitantes formas de proteção material destes direitos e, conseqüentemente, de um processo jurisdicional moldado a esses direitos que, por exemplo, não toleram proteção com dinheiro, mas sim com atos de fazer ou não fazer que, em verdade, revestem maior importância do que já é conhecido.

¹⁸⁹ Franzoni afirma que o remédio ressarcitório, em todos os casos, parece fungível respeito da ação possessória ou real, deixando transparecer que a ação mais conveniente à tutela de qualquer direito – não necessariamente real ou possessório (absoluto) – encontra-se na tutela preventiva e não repressiva. Cf. FRANZONI, 2010 op. cit., p. 253. Ver também, CECCHERINI, Grazia. **Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1989. p. 15.

¹⁹⁰ No panorama comparado do *common law*, em trabalho excelente sobre as *injunctions*, Owen Fiss tem se debruçado ao caráter de *uniqueness* da *injunction* que objetiva prevenir um ilícito ou um *wrong* no *common law*. O professor da Universidade de Yale indica que a individualização da *injunction* provém, primeiro, da identificação do sujeito específico que deverá fazer ou não fazer e não uma identificação da cidadania toda, segundo, o ato proibido precisa ser descrito com certo grau de especificidade *não encontrado no remédio de responsabilidade civil ou de proibição criminal*. Cf. FISS, Owen. **The civil right injunction**. Indiana: Indiana University Press – Bloomington & London, 1978. p. 12. no mesmo sentido, FRIGNANI, op. cit., p. 184.

¹⁹¹ Ver para o fundamento desta construção; LA ROCCA, op. cit., p. 149; SANGIORGI, Salvatore. Rilevanza e profili di tutela dei rapporti non patrimoniale. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). **Processo**

3.3.2 As diversas finalidades da tutela: do ilícito ao dano.

O conceito de ato ilícito cotidianamente utilizado na linguagem jurídica do operador do direito apresenta-se como categoria com maior amplitude do que o ilícito de dano relativo à responsabilidade civil.

Inerente à distinção entre a ordem de não fazer ou fazer tributária da tutela inibitória ou de remoção de ilícito e a condenação à reparação do dano, funda-se o assunto segundo o qual não todos os atos ilícitos, como foi amplamente tratado, são propensos a ativar *ipso iure* um dano a ser indenizado. Veja-se que inclusive o ressarcimento como remédio *in natura* não deve ser misturado ou identificado como remédio idôneo para prevenir ou eliminar algum efeito de uma atividade ilícita, pois o qualificativo *in natura* não deve supor que esse ressarcimento específico traz consigo ordem de fazer ou não fazer *visando evitar um ilícito*.

Uma ulterior confirmação da diferenciação entre as tutelas neste tópico tratadas passa por evidenciar que a ordem de prevenir ou evitar uma conduta ilícita ou remover os efeitos deste atuar antijurídico *nada tem a ver* com a função atinente ao ressarcimento do dano como produto posterior da conduta ilícita tornada em ilícito-dano. A primeira responde a uma proteção de direitos, na maioria das vezes, da personalidade, o que leva a pensar que se trata de forma de tutela que não sanciona e menos ainda quantifica o dano a ser ressarcido, pois procura-se a prevenção de qualquer conduta tendente a constituir ameaça a um dever estipulado na norma. De outro ângulo, a função da ação ressarcitória que será espelhada na obrigação de indenizar por meio de uma sentença condenatória, visa cuidar das lesões no âmbito patrimonial-creditício dos sujeitos.

Realmente, não é novidade indicar que setor da dogmática clássica civilista italiana¹⁹² tem advertido que as funções principais da responsabilidade civil são: reagir contra o *ato ilícito* que produz dano visando à reparação do sujeito lesado e, correlata à dita função, retornar ao *status quo ante* da verificação do ilícito danoso. Entre outras funções destacam-se, afirmar o *imperium* do Estado, função dissuasiva para todo sujeito que tente violentar um direito e produzir um dano e, em evidente

e tecniche di attuazione dei diritti. v. I. Napoli: Jovene, 1989. p. 107; ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada.** São Paulo: RT, 2000. p. 66.

¹⁹² ALPA, Guido. **Responsabilidad civil y daño.** Lineamientos y cuestiones. Trad. Nélvor Carreteros. Lima: Gaceta Jurídica, 2001. p. 69.

esquisitice terminológica do *law and economics*¹⁹³, a responsabilidade civil distribuiria as perdas do ato que desembocou em dano e estabeleceria os custos de reparação ao sujeito que violou norma de conduta e produziu qualquer dano.

Examinando as teorias citadas, pode se afirmar que a tutela inibitória constitui remédio específico contra o ato ilícito na sua generalidade e não particularismo de ilícito danoso. Assim, esse ilícito afigura-se como conduta lesiva de um interesse juridicamente relevante, sem contraproduzir um dano. Ora, cabe lembrar que essa tutela inibitória, além de antecipar a aparição de conduta lesiva, também goza do condão de se tornar tutela de remoção do ilícito, para o qual se precisará da verificação de conduta ilícita e da deflagração de efeitos antijurídicos a serem removidos por essa tutela que, ainda não sendo ressarcitória, tutelará o ilícito-ato em momento posterior ao seu mero receio. Astone¹⁹⁴ ensina que o remédio preventivo da atividade ilícita *lato sensu* se fundamenta no perigo que levaria à realização da atividade *contra ius* e também à própria periculosidade do ato cometido, posto no mundo dos fatos, mas que pode ser retirado e com ele os seus efeitos para inibir a continuação dessa conduta. Esse remédio, adverte o jurista de Messina, como remédio geral inibitório prescinde da culpa relevante unicamente para o regime da responsabilidade, pois no âmbito preventivo não se discute, não se discute e muito menos se confronta o réu com o dano.

Se na Itália e no Brasil existiu acirrado debate em relação a individualizar essa categoria jurídica de ilícito como ato ilícito e como ilícito de dano, não podemos mantê-la no cenário jurídico peruano. Tendo em vista a construção de uma tutela inibitória séria e não meramente especulativa, não se pode aderir ao argumento de Juan Espinoza¹⁹⁵ ao frisar que o conceito de ilicitude aplica-se tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual, deixando sem margem de tratamento ao ilícito que não provoca dano¹⁹⁶. Revela-se evidente a aderência do professor peruano à tese de Franzoni¹⁹⁷, uma vez que assevera que o ilícito não pode ser outra coisa senão um conceito de síntese para identificar a qualidade

¹⁹³ CALABRESI, Guido. **El coste de los accidentes**. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Barcelona: Ariel, 1984. p. 44.

¹⁹⁴ ASTONE, op. cit., p. 166.

¹⁹⁵ ESPINOZA, op. cit., p. 102.

¹⁹⁶ No direito civil argentino também é possível advertir superficialidade em torno à diferenciação de dano e ilícito. V. ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. Vol. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2004. P. 53.

¹⁹⁷ FRANZONI, Massimo. **Fatti illeciti**. Il foro italiano. Roma: Zanichelli, 1993. p. 81 *apud* ESPINOZA, op. cit., p. 102.

requerida pela lei para todos os fatos produtivos de um dano indenizável, manifestando aderência e apoio à tese unitária do ilícito, no seu aspecto tradicional¹⁹⁸.

3.4 PANORAMA E PROBLEMÁTICA ATUAL EM TORNO DA TUTELA JURISDICIONAL INIBITÓRIA

Quem decide dedicar-se ao tratamento aprofundado da tutela jurisdicional inibitória e de remoção de ilícito, deverá verificar se a legislação processual imperante em qualquer país possui condições para prestar tutela jurisdicional a direitos fundamentais e materiais que exijam uma atuação prévia do órgão jurisdicional visando à prevenção da conduta ilícita. Se no trajeto do segundo capítulo tem se afirmado enfaticamente que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o direito de ação devem ser precedidos por uma intervenção legislativa que pré-ordene técnicas e procedimentos adequados, será na revisão do diploma processual que verificaremos se tal máxima constitucional – dever de tutela normativa do direito à tutela jurisdicional efetiva –, em verdade, encontra resposta nos procedimentos e nas técnicas definidas na lei processual.

Pretende-se neste último subitem contrastar se os direitos definidos no ordenamento jurídico e as suas formas de proteção a eles acompanhadas encontram essas técnicas e institutos processuais especificamente desenhados¹⁹⁹ para prestar uma tutela jurisdicional efetiva e adequada. Assim, tais colocações, a serem expostas a seguir, servirão como contribuição para reformular ou repensar se a estrutura atual de qualquer diploma processual – incluído o PL n.º 166/2010 – faz justiça ao princípio geral de prevenção amparado nas Constituições contemporâneas.

Quem olha o texto constitucional brasileiro e - qualquer texto constitucional posterior à Segunda Grande Guerra - observará que os direitos fundamentais, além de fruir de uma aplicação imediata, prestigiando assim a força normativa da Constituição, são revestidos também de um cuidado especial denominado inviolabilidade. Se a inviolabilidade exige o cuidado específico nos mesmos termos

¹⁹⁸ É a afirmação de PIETROBON, op. cit., p. 4.

¹⁹⁹ Técnicas processuais que foram denunciadas como incompatíveis por não viabilizar uma tutela jurisdicional preventiva efetiva e adequada. Esses instrumentos encontram-se elencados no item. 2.1. do capítulo ora desenvolvido.

em que o titular do direito exerceria o direito se a autotutela não estivesse vedada, então seria lógico pensar que o processo civil e as formas de tutelas jurisdicionais contariam com técnicas e soluções adequadas para a própria estrutura material do direito.

Semelhante colocação, não obstante, não é fiel à realidade, pois encontramos tanto no CPC brasileiro de 1973 quanto no novo projeto de CPC, Projeto de Lei n.º 166/2010, diferentes motivos para continuar afirmando que o processo não é estrutura técnica de tutela preventiva. Dessa forma, visitaremos criticamente alguns instrumentos que também possibilitariam a prestação desta tutela, lembrando que incluir tão somente uma regra executiva geral não é *panaceia* para falar em tutela preventiva plena. Com tal recensão, augura-se importar quaisquer destas observações para a sua implantação em qualquer ordenamento jurídico que se denomine como protetor dos direitos fundamentais e materiais.

3.4.1 Da incompatibilidade do procedimento de cognição plena e exauriente para a tutela do ilícito civil. Os diferentes níveis de cognição na ação inibitória

Grande avanço tem se vivenciado quando a tutela jurisdicional inibitória foi legada com o procedimento ordinário e único e com a técnica cognitiva plena e exauriente como principais mecanismos para veicular uma tutela que pudesse inibir ou remover os efeitos do ato ilícito. Sem dúvida, falar de autonomia da tutela inibitória, como pretensão principal e autônoma dentro de um procedimento que não fosse cautelar, leva-nos a pensar que a tutela preventiva não pode descansar tão somente na tutela cautelar ou assecuratória²⁰⁰. Com efeito, se o reconhecimento da

²⁰⁰ Calamandrei tem se expressado no seu já clássico estudo sobre a tutela cautelar, que é preciso não estabelecer confusão entre a tutela preventiva e a tutela cautelar, pois são conceitos distintos, ainda que entre eles possa conviver uma relação de gênero e espécie. Isto é, o florentino nunca afirmou que a tutela preventiva deva sempre vir revestida de cautelaridade, pelo contrário, ao afirmar que a tutela preventiva – como gênero – poder ter uma espécie cautelar, evidencia a necessidade de se pensar em tutela inibitória autônoma e final da qual pode derivar, isto sim, uma medida interlocutória. Outra questão bem diferente e não tratada aqui pela extensão da pesquisa, é o fato de Calamandrei ter imbricado a tutela preventiva com a cautelaridade e não com a antecipação, pois como é conhecido, se for solicitada prevenção por meio da técnica cautelar, acabar-se-ia satisfazendo a pretensão inibitória na própria medida cautelar, o que esvaziaria de conteúdo e finalidade a ação inibitória final. Assim, Calamandrei adverte que, em certos casos, a tutela jurisdicional ordinária – *rectius*: de cognição plena –, pode assumir caráter preventivo. Cf. CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Lima: ARA Editores, 2005. p. 41. Embora a preciosa lição do discípulo de Chiovenda, ele lamentavelmente afirma ser a ação de condena a futuro uma expressão de um juízo preventivo, o qual, de qualquer forma, é totalmente equivocado.

ação inibitória como tutela final e não exclusivamente provisória levou a fornecer à ação inibitória um procedimento de cognição plena e exauriente para extirpá-la de qualquer resquício de cautelaridade, este grande avanço atualmente vai na contramão das particularidades do objeto de cognição neste processo, isto é, o ilícito.

Uma vez que a teoria de a ação inibitória constitui pretensão autônoma em procedimento independente que pode permitir a antecipação da tutela em caso de fundado receio, resta nos questionarmos o seguinte: se a ação reparatória trabalha com o dano sob o manto protetor da cognição plena e exauriente e, ainda mais, se é evidenciado que na ação indenizatória não existe receio de violação do direito ou comissão de atividade ilícita, por que devemos nos conformar em atrelar a ação inibitória ao procedimento ordinário utilizando a técnica da cognição plena e exauriente? Em verdade, em nome da coerência do discurso, e se ainda pretendemos defender a autonomia do ilícito com o dano, a técnica da cognição plena e exauriente plasmada no procedimento ordinário, é incompatível com o valor de cuidado jurisdicional do ilícito civil pois, em termos da teoria probatória, tutela a descoberta do ilícito *em excesso*. Se a ação inibitória prescinde da reconstrução dos fatos já acontecidos, assim como se omite de procurar fator de atribuição – dolo ou culpa – próprio da responsabilidade civil, pareceria ilógico manter a ação inibitória na técnica cognitiva processual mais ampla que existe na arquitetura procedimental²⁰¹. Embora essa questão possa ser exitosamente manejada com a antecipação da tutela e deixar que o processo ordinário continue a sua tramitação até a produção da sentença mandamental, defender a cognição plena e exauriente para um procedimento em que imperam os juízos presuntivos transpareceria que a

²⁰¹ Cabe razão a Chiarloni ao afirmar que o *procedimento ordinário* corresponde às preferências ideológicas e às exigências materiais de grupos sociais firmemente consolidados no poder, seja econômico ou político. Entretanto, os procedimentos especiais, diferenciando-se do primeiro, são simples, acessíveis, econômicos e menos fadigosos correspondendo aos grupos sociais ou estamentos de pressão relativamente novos. CHIARLONI, Sergio. **Introduzione allo studio del diritto processuale civile**. Turim: Giappichelli, 1975. P. 24 e 25. Com tal lição, conclua-se que o procedimento ordinário, caracterizado por abraçar a técnica cognitiva plena e exauriente, na maioria das vezes não corresponde a uma tutela jurisdicional adequada para estes novos grupos sociais com direitos dissimiles ou heterogêneos daqueles meramente econômicos ou patrimoniais. Assim, parece-nos grosseiro contrassentido atrelar novas situações jurídicas protegidas materialmente a uma moldura procedimental que somente permitirá o perecimento desses direitos no defluir do tempo.

diferenciação entre ilícito e dano não impactou na modelação de procedimentos ou técnicas idôneas a estas categorias jurídicas²⁰².

De acordo com Marinoni e Arenhart²⁰³, a questão da cognição pode ser pensada em relação ao direito material, quando merece importância saber o limite da amplitude cognitiva do juiz que gira em torno do conflito de interesses. Pois bem, esta nova forma de cogitar a cognição judicial deve ter como elemento norteador a extensão da matéria passível de discussão porque caso não se cuidasse da medida de cognição em relação ao direito discutido, incorreríamos na fatal situação de ordinarizar todo e cada direito a ser tutelado pelo processo civil.

De nada adiantaria o que foi elaborado até este ponto caso não respeitarmos o binômio cognição judicial e a extensão do direito material plasmada na pretensão processual.

Veja-se que a nossa argumentação não passa por rejeitar a técnica da cognição exauriente, assim como não passa por pretender sumarizar todo e cada procedimento em detrimento do âmbito material do conflito. Evidentemente, a técnica da cognição, seja total ou parcial, responde à construção do caso concreto de acordo com os procedimentos pré-ordenados para cada situação ou direito e as suas particularidades. Sem embargo, se a cognição plena é tributária do procedimento comum ou ordinário²⁰⁴, então não existirá restrição à cognição de questões. Como estamos preocupados com a tutela jurisdicional do ilícito e como temos denunciado a incompatibilidade do processo ordinário e sua técnica de cognição, resta indicar que pertence à ação inibitória um procedimento especial com técnica de cognição parcial²⁰⁵ uma vez que é inegável que, nos procedimentos especiais que estruturam as ações preventivas, inexistente necessidade de perquirição de toda a realidade fática acontecida na relação jurídica processual, ainda mais se

²⁰² Dessa forma, corroborar-se-ia o dito por Ovídio Baptista da Silva, no teor de indicar que se a função do magistrado é descobrir a vontade da lei e acrescentamos, pelo processo ordinário de cognição plena e exauriente, não lhe era possível incidir sobre fatos não ocorridos, portanto, tentar se antecipar a fatos que ainda não operam no plano material. Cf. BAPTISTA DA SILVA, 2004, op. cit., p. 99.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2010. p. 62; e no mesmo teor, WATANABE, op. cit., p. 107.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ Esse fundamento pode ser encontrando nas lições de Marinoni e Arenhart, quem indicam que *considerada a técnica de cognição, é possível dizer que o legislador, ao desenhar um procedimento especial, pode afirmar que o autor ou o réu não podem apresentar determinadas alegações ao juiz (cognição parcial: restrição de alegações do autor e daquelas que podem ser apresentadas na defesa)*. Cf. MARINONI; ARENHART, 2011, op. cit., p. 66.

no regime das ações preventivas está a se procurar uma futura atividade ilícita e os efeitos que dela decorrerão.

Destarte, levando em consideração o art. 5º, inc. XXXV da CF de 1988 e que a tutela inibitória é garantia constitucional, deve ser reconhecida a necessidade de instituir um procedimento especial com todas as particularidades para tal prestação de tutela caracterizada por prevenir ou retirar do mundo jurídico os efeitos dos atos contrários ao direito.

Se ainda mantivermos soluções inadequadas para a tutela desses direitos – exemplifique-se com o procedimento ordinário e único revestido de cognição plena e exauriente – estaremos presenciando o esvaziamento do mandato constitucional impresso no artigo 5º, inc. XXXV acima mencionado. O que se tem no diploma processual civil brasileiro são métodos e instrumentais que viabilizam *parcialmente* a tutela jurisdicional preventiva. Somado a isso, após superficial revisão do diploma processual não se tem previsão na lei brasileira atual e menos na peruana de uma ação preventiva geral capaz de dar tutela antecedente à violação do direito.

Esses fundamentos levam-nos a cogitar que é exigível um procedimento especial que ao mesmo tempo goze de estrutura e técnicas de cunho geral para a prevenção ou remoção de qualquer evento ilícito ou dos seus efeitos. Aliado a esse procedimento – apresentado de *lege ferenda* no capítulo relativo às propostas legislativas²⁰⁶ –, requerer-se-á variação de certas técnicas e instrumentos processuais que ao serem amoldados a este procedimento especial, permitirão uma existência harmoniosa entre estas técnicas com a tutela preventiva. O nosso intuito é o de impedir que a técnica processual já plasmada seja fagocitante do próprio escopo da tutela jurisdicional preventiva e, impeça, dessa forma, a outorga efetiva e adequada de uma tutela inibitória.

Assim, ao encerrar este, deixamos patente a necessidade de inserir no capítulo de procedimentos especiais de qualquer diploma processual um subcapítulo que regule a ação inibitória geral.

²⁰⁶ Ver capítulo IV.

3.4.2 Sobre a urgente alteração da teoria probatória em face da ação inibitória

Concomitante a uma teoria que convida a pensar em procedimento especial preventivo, está também a necessidade de rever e alterar certos paradigmas que coroaram o processo civil de cunho clássico e com escopo meramente reparatório dos direitos.

Comece-se por sustentar que uma vez aceitado o ilícito como pressuposto da ação inibitória, o dano, inerente à ação indenizatória, não constituirá objeto de cognição do juiz, devendo ser dispensada a sua produção probatória e qualquer alegação referente a ele.

Nesse patamar, como desnecessária é a mera alegação de probabilidade de dano, na ação inibitória será necessária não só a alegação de prática de ato, mas também a sua qualificação de ato antijurídico ou ilícito mediante a alegação de que a atividade praticada pelo réu constitui contravenção a uma regra de conduta tipificada (regra jurídica) ou quando inexistente tipificação, encontra-se a violação de um princípio que contém um dever a ser observado pelo sujeito de direito. Semelhante panorama permitirá a facilidade em demonstrar a probabilidade da prática, repetição ou continuação desse ato contrário ao direito, pois, como foi visto antecipadamente, na atividade probatória exercida pelas partes e na valoração e decisão que o juiz produza após o estudo das alegações, inexistirá necessidade de provar dano futuro e muito menos atribuir culpa ou dolo ao agente que realiza esta prática antijurídica²⁰⁷. Em verdade, como pode ser visto na experiência comparada em *London Borough of Islington vs. Margaret Elliot e Peter Morris* ação tramitada ante a *England and Wales Court of Appeal*, tendo como relator o *Lord Justice Patten*²⁰⁸, em se tratando da atividade probatória da ali conhecida *quia timet relief*, indica o ministro relator que se garante a *quia timet injunction* quando é necessária uma ordem que vise prevenir uma ameaça de perturbação, com o qual devemos entender que esta

²⁰⁷ Em sede legislativa italiana o único setor que estuda o perfil probatório da tutela inibitória é aquele do direito industrial. Assim, remeta-se ao leitor aos arts. 124 e 131 do *Codice della proprietà industriale* do ano 2010. Neste corpo normativo afirma-se que é pacífico que a inibitória pressuponha a declaração estritamente objetiva da violação do direito do titular, prescindindo-se de provar a culpa ou dolo. Ver também ao respeito, VANZETTI, Adriano; DI CATALDO, Vincenzo. **Manuale di diritto industriale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 132; SPOLIDORO, Marco. **Le misure di prevenzione nel diritto industriale**. Milano: Giuffrè, 1982. p. 161; FRIGNANI, op. cit., p. 407; SCUFFI, Massimo. **Diritto processuale dei brevetti e dei marchi**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 407; ARENHART, 2004, op. cit., p. 226,ss; MARINONI; ARENHART, 2010, op. cit., p. 220.

²⁰⁸ *London Borough of Islington vs. Elliot and Morris*. 2012. England and Wales Court of Appeal. Civ. 56. Case N° B2/2011/0755.

ameaça, ao ser *pro futuro* de uma atividade ilícita que eventualmente geraria um dano ao demandante, deve passar não por uma prova de reconstrução de fatos, mas por alegações de fato de certa possibilidade, somada à qualificação de ilicitude deste ato a ser praticado.

Quando tratada a hipótese de a tutela ser de remoção dos efeitos do ilícito e, portanto, ter conteúdo cessatório, a modalidade e natureza desta atividade podem ser inferidas com grande facilidade, dado que, tendo em vista a remoção do efeito ilícito, bastará identificar que a conduta ilícita tem sido praticada e que esta, constituindo ato ilícito, deflagrará efeitos antijurídicos enquanto não seja cessada. Aqui a atividade probatória ainda não tem a dificuldade de alegar que um fato será ocorrido, mas unicamente pontuar o evento já acontecido, delimitar sua ilicitude e alegar que a sua repetição e não cessação configura-se em conduta vedada pelo ordenamento jurídico.

Tomando como exemplo ainda o regime de propriedade industrial italiano, pergunta-se se para a ação de remoção do ilícito é necessária a demonstração do eventual dano concreto como reiteração da conduta ilícita. Responde-se negativamente. A doutrina e jurisprudência (ver nota 76) tendem a excluir qualquer alegação sobre eventual dano, culposa ou dolosa nos casos de eliminação dos efeitos do ilícito continuado. Nesse cenário de propriedade industrial, inclusive se o *contraffattore* (plagiário) alega que a sua conduta ilícita não foi cometida com dolo ou culpa e mesmo afirmando que não irá produzir dano qualquer, esta espécie de tutela jurisdicional de remoção do ilícito irá descartar qualquer averiguação de dano futuro ou fator de atribuição de responsabilidade civil.

Desse modo, doutrina avançada italiana e brasileira codividem a premissa de, caso seja solicitada a remoção dos efeitos ilícitos, tampouco deve aparecer no processo qualquer atividade probatória contra o dano ou averiguação de culpabilidade ou dolo na conduta tida como antijurídica.

Por fim, a teoria probatória dos fatos futuros inerente à tutela inibitória apresenta dificuldade no momento de inserir a prova na ação inibitória pura, bem descrita por Frignani²⁰⁹ como aquela voltada a prevenir uma conduta ou atividade ilícita *ainda não ocorrida*.

²⁰⁹ FRIGNANI, op. cit., p. 430.

Nessa espécie de ação inibitória, sem dúvida a mais expressiva dessa forma de tutela, em que se receia a realização de qualquer atividade ilícita, ao autor bastará alegar fatos que sejam suficientemente convincentes para sequer assumir que existe perigo de realização destes fatos ilícitos futuros. Essa cognição parcial que impõe a ação inibitória prescinde totalmente dos típicos meios de prova e da sua eficácia probatória que estes possam produzir, pois a tutela inibitória é fundada na existência do fato afirmado ou alegado pelo demandante²¹⁰. Observe-se, também, que graças à circunstância de a cognição se encarregar do ato ilícito, esta deve ser evidentemente reduzida, pois a noção mesma de ilicitude não dependerá de prova e, portanto, de tempos repousados.

Por certo, na maioria das vezes, a análise da conduta ilícita passa por uma questão de direito²¹¹, isto é, de qualificá-la inicialmente como antijurídica e depois, por meio de juízos indiciários, concluir que uma atividade ilícita poderá ser cometida.

Prospectivas reformas nas diversas leis processuais que visem tutelar jurisdicionalmente a tutela contra o ilícito civil, seja na sua prevenção pura, seja na remoção dos seus efeitos ilícitos, deverão saber utilizar os sucedâneos dos meios probatórios. Referimo-nos às presunções, indícios e inclusive levar em consideração novas técnicas probatórias como prova por estatística ou por frequência e a avaliação das condutas pretéritas dos sujeitos que irão perpetrar condutas ilícitas²¹².

²¹⁰ Ferruccio Tommaseo, além de indicar a necessidade da mera alegação ou afirmação dos fatos temidos, indica que esta afirmação pode configurar-se como verossímil e que pode ser utilizada pelo juiz como meio de prova no âmbito de uma declaração sumária – por exemplo, de ilicitude – da mesma verdade do fato ilícito alegado. Acrescenta o professor italiano que essa mera alegação dos fatos verossímeis associa-se bem com as regras da experiência utilizadas pelo juiz. Cf. TOMMASEO, op. cit., p. 165.

²¹¹ MARINONI; ARENHART, 2011, op. cit., p. 303.

²¹² No tocante ao rojeto n.º 166/2010, que trata sobre o novo Código de Processo Civil brasileiro, reformando totalmente o antigo CPC de 1973, perdeu-se grandiosa oportunidade para instituir em procedimento especial uma ação voltada à tutela do ilícito civil visando a sua prevenção ou remoção. Embora os grandes equívocos incorridos neste projeto, fato é que na última versão deste futuro diploma, inexistiu cuidado com a ordenação de técnicas probatórias que coadjuvem à tutela jurisdicional a prestar tutela preventiva. Consideramos total fracasso não ter acolhido o projeto elaborado no relativo ao procedimento especial que albergue a ação inibitória. Se na tentativa de socializar o processo e torná-lo efetivo, não são pré-ordenadas outras técnicas além da cláusula executiva aberta, dificilmente pode se acreditar no discurso de efetividade e adequação da tutela, pois enquanto uma técnica possibilita esta tutela jurisdicional – p. exemplo, a regra executiva geral do art. 461 CPC –, outros institutos desatualizados impossibilitam essa prestação jurisdicional. Assim, omitir definição de nova teoria probatória destinada tão somente ao procedimento especial inibitório, importaria esvaziamento do discurso das técnicas adequadas ao direito material.

3.4.3 A eficácia *ultra partes* da sentença inibitória para a efetividade do provimento jurisdicional

Entendeu-se pela via do microparadigma científico do processo que a coisa julgada era garantia de incolumidade e imutabilidade do decidido, levando assim a outorgar *status* constitucional a esta figura, pois se trata de primeira expressão do valor da segurança jurídica dos atos jurisdicionais, próprio de um Estado de Direito que diz preservar a estabilidade do decidido²¹³. Dita segurança, na lente de Canotilho²¹⁴, desenvolve-se em torno da estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adotadas na forma e no procedimento legalmente exigidos, não devem ser arbitrariamente modificadas em detrimento do objeto do decidido ou das partes que compuseram tal litígio.

Ainda na escrita do jurista português, a segurança jurídica dos atos jurisdicionais aponta para o caso julgado, em sendo este um fator de estabilidade definitiva das decisões judiciais por estar afastada de qualquer questionamento do objeto já decidido impactante na relação processual dentro do mesmo processo²¹⁵.

Ora, ressalte-se que se a segurança jurídica expressada na coisa julgada atingia unicamente às partes estabelecidas durante o processo, os efeitos subjetivos da coisa julgada reputavam-se eficazes e vinculantes tão somente aos participantes do processo, resultando, portanto, impossível pensar em uma provável extensão a terceiros que não tenham participado desta relação processual, apontada acima – *res inter alios iudicata aliis non praeiudicare*. Essa eficácia da coisa julgada restrita às partes geralmente denomina-se eficácia *inter partes* ou ‘entre as partes’, regra positivada no art. 472 do CPC de 1973²¹⁶.

Embora esse conceito não constitua mais uma regra absoluta e irrestrita – os efeitos subjetivos da coisa julgada restritos às partes dentro de um processo –, é pacífico afirmar que é dado comum na doutrina processual contemporânea.

²¹³ Veja-se nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010b. p. 121; também, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium Editora, 2011. p. 417; e mais recentemente, CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: JusPodium Editora, 2013. p. 53-57.

²¹⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 264.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Art.472.- A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Realmente pareceria difícil conceber que a coisa julgada, em sendo vínculo das partes entre si e das partes com o juiz²¹⁷, poderia se estender a terceiros que jamais foram integrados na relação processual, levando a cogitar que a coisa julgada para esses sujeitos alienígenas ao processo seja realmente eficaz e vinculativa.

O panorama torna-se ambíguo quando colocadas essas ideias na seara da tutela jurisdicional preventiva dos direitos. Não é raro que aqueles que sofrem a ameaça de ter perturbada sua esfera jurídica, no âmbito dos direitos de personalidade, da concorrência desleal e inclusive com o direito do consumidor, do meio ambiente e da saúde eventualmente consigam uma tutela preventiva que vise à inibição de qualquer conduta antijurídica ainda não acontecida ou, também, vejam-se protegidos por sentença mandamental que cesse os efeitos ilícitos cometidos pelo réu. Não obstante, nas ações preventivas, essa postura ortodoxa da coisa julgada *inter partes* do processo é ideia que precisa ser repensada objetivando a outorga de uma real tutela preventiva.

Esse é o caso daquele que sofre a ameaça de ter seu direito de personalidade lesado pelo jornal x ou y, e eventualmente consegue uma tutela contra a violação, que o réu por conta dessa ordem contrária aos seus interesses possa instigar a outros jornais (*terceiros alheios ao processo*) a realizar esse mesmo tipo de violação. Semelhante patologia é um dado real e não meramente exemplificativo, deixando-se ver especificamente no âmbito dos *mass media*. Na melhor das situações, conseguida a ordem contra o jornal x de não divulgar certa informação ou procedente a ação inibitória contra o laboratório y para impedir a produção e venda de certo medicamento potencialmente lesivo à saúde, nada obsta que, mesmo se submetendo ao comando jurisdicional, o jornal ou laboratório ordenados a cumprir tal sentença possam passar a informação ou redirigir a produção e comercialização deste medicamento a entidades do setor e inclusive empresas satélites que por não terem participado do processo, não são impactados pelos efeitos da coisa julgada, pois esta não pode se estender subjetivamente aos não diretamente participantes.

Nesse teor, é permissível poder olhar criticamente o instituto da coisa julgada visando fornecer de eficácia *ultra partes* às ações preventivas, para aqueles

²¹⁷ ALLORIO, Enrico. **Problemas de Derecho Procesal**. v. II. Buenos Aires: EJE, 1963. p. 150-151.

terceiros que realizem a exata e mesma atividade denunciada pelo demandante titular do direito discutido.

Entenda-se por eficácia *ultra partes* aquela que atinge não só as partes do processo, como também determinados terceiros²¹⁸. Ora, esses efeitos da coisa julgada *ultra partes* estendem-se a certos indivíduos não participantes do processo, vinculando-os com o efeito da sentença proferida pelo juiz²¹⁹.

Contudo, resultaria difícil pensar na aplicação irrestrita dessa eficácia sem antes pensar na legitimidade passiva dos terceiros que seriam atingidos pelo comando que foi direcionado a um réu que em princípio é parte inclusive da relação material discutida. Lógico, pode existir certa reticência em pensar em estender os efeitos de uma sentença a terceiros alheios ao processo e à relação jurídica material e, pior ainda, permitir essa eficácia sem que exista norma de direito material que os tenha como possíveis legitimados passivos, pois, como é sabido, entre tipificação da legitimidade e efeitos subjetivos da sentença, existe umbilical relação²²⁰. Contudo, ninguém pretende *converter em partes processuais* os terceiros que possam realizar a mesma atividade ilícita proveniente do réu ordenado a fazer ou não fazer algo visando à prevenção ou remoção do ilícito. Em verdade, a nossa tentativa não é aquela de forçar o ingresso desses terceiros como partes legitimadas do polo passivo e sim reconhecer a eficácia *ultra partes* da tutela inibitória antecipada ou final. Por tal razão nem sequer advogamos que os terceiros, em sendo sujeitos alienígenas à relação material, mas tendo relação com o réu condenado, podem

²¹⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 429; CARPI, Federico. **La eficacia *ultra partes* de la sentencia civil**. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra, 2007. p. 69,ss.

²¹⁹ Ada Pellegrini Grinover confia que a coisa julgada *erga omnes* tem o potencial de causar efeitos a terceiros, fundamento, a todas luzes, não compartilhado nesta investigação porque a eficácia *erga omnes* ao contrário da sua antagonista, a eficácia *inter partes*, impacta em uma generalidade indeterminada, para todos, ao passo que a eficácia *ultra partes*, impacta a sujeitos alheios à relação processual travada no processo, mas que são determináveis. Onera-se, então, à professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a esclarecer as diferenças entre coisa julgada *erga omnes* e coisa julgada *inter partes*. V., PELLEGRINI, Ada. Coisa julgada e terceiros. IN: **Direito civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. Org. Araken de Assis e outros. São Paulo: RT, 2007. P. 649.

²²⁰ Denúncia realizada por Carpi quem, indica ao mesmo tempo que essa relação direta ou indireta da legitimação positivada com a eficácia da sentença não é mesmo uma regra que deva ser seguida irrestritamente. Cf. CARPI, 2007, op. cit., p. 70. Nesse sentido, Carpi, apoiado em Pisani, adverte que no direito comum existia a teoria dos *legitimi contradictores* que defendiam que a sentença pronunciada em um processo desenvolvido com as partes legitimadas tinha eficácia *erga omnes*. Cf. PROTO PISANI, Andrea. **Opposizioni di terzo ordinaria**. Napoli: Jovene, 1965. p. 93. Essa teoria mantém-se viva, segundo Pugliese, não para justificar uma eficácia geral para todos os terceiros, mas para defendê-la como requisito essencial para a eficácia para determinados terceiros. Cf. PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (storia). **Enciclopedia del diritto**. v. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969. p. 770..

realizar a mesma atividade banida ao réu que é parte no processo. Daí que ser mero terceiro, não implica necessariamente ter a sua legitimidade definida na norma.

Se ao longo do tópico vimos falando sobre *terceiros* é porque queremos retirar deles a *causa* na relação jurídica material para dar-lhes a possibilidade de ingressar no processo para praticarem contraditório, pois o titular do direito discutido identificou-os como agentes lesivos do mesmo direito com a mesma atividade realizada pelo réu que é parte passiva no processo, e isso já é importante porque se configura como evento *supervenientes*. Melhor explicando, como foi denunciada a um terceiro alheio ao processo a prática da mesma atividade ilícita discutida no processo, cogita-se que este terceiro ou terceiros devam ser integrados ao processo para que possam participar do contraditório, possam ser ouvidos e se defender.

Em conclusão, quem se reputa preocupado com a tutela jurisdicional preventiva deve levar em consideração a estruturação ou redefinição de técnicas que não só permitam prevenir o ilícito ou retirar seus efeitos em um único processo, mas também pensar na possibilidade de evitar que essa mesma e exata atividade ilícita seja realizada ou repetida por outro sujeito, fora do processo. De nada adianta tutelar uma conduta ilícita em um contexto determinado se esta tem a aptidão de fugir do procedimento e chegar a ser materializada por alguém alheio a este, porque ao falar de um único programa de tutela preventiva, procura-se reconduzir à tutela jurisdicional preventiva este ilícito cometido por outro *a posteriori*.

3.4.4 O perigo do efeito suspensivo da sentença na ação inibitória: quando a técnica processual sacrifica o direito material tutelado

Com o intuito de não tornar a tutela jurisdicional efetiva em mero culto da forma pela forma e menos ainda uma observância inerte das técnicas processuais sem olhar o direito material, parece-nos transcendental identificar o duplo grau de jurisdição e o efeito suspensivo da apelação como princípio e regra que constituem o *nemesis* de uma tutela jurisdicional preventiva que finalmente atingiu um provimento final e positivo para o autor.

Pense-se na situação de o autor receber provimento final – *sentença mandamental* – acolhendo totalmente a pretensão veiculada na ação inibitória. A princípio, vale dizer que esta sentença, espalhando um efeito mandamental ao réu por meio de uma ordem de fazer ou não fazer (tutela inibitória positiva ou negativa),

impor-lhe-á a exigência de cumprir este mandato e, assim, se inibir de praticar um evento ilícito ou cessar a atividade contrária ao direito que deflagrava efeitos ilícitos no tempo.

Contudo, o réu bem pode – pois é o seu direito – apelar à sentença inibitória e ativar o segundo grau de jurisdição visando ao reexame da sentença apelada. Porém, resta saber se o apelante exerce este recurso visando a um fiel e legítimo reexame de uma sentença evidentemente injusta ou nula ou, ao contrário, se prefere abusar do segundo grau de jurisdição com o intuito protelatório em detrimento do bom direito reconhecido nesta sentença apelada, e assim, continuar evitando ser obrigado a um fazer ou não fazer que vise a inibição ou cessação da conduta ilícita. Nesse quadro, de nada teria servido a tutela jurisdicional se sua estrutura e técnica processual tivesse impedido a efetivação da sentença.

Veja-se que como efeito automático da interposição e admissibilidade da apelação está a suspensão dos efeitos do provimento emitido pelo juiz de primeiro grau. Se este panorama se afigurasse normal para quem entendesse o duplo grau de jurisdição como garantia fundamental ou princípio básico de justiça, seria totalmente nefasto para o autor que recebeu sentença reconhecendo a sua pretensão inibitória, pois, como já ficou bastante claro no decorrer do trabalho, a tutela jurisdicional inibitória lida com o tempo, visto que enquanto o tempo continue decorrendo, maior a possibilidade de ver frustrada a tutela jurisdicional preventiva por causa do efeito suspensivo do recurso de apelação. Em verdade, o duplo grau de jurisdição, aliado ao efeito suspensivo da apelação que o motivou, é atentatório contra o direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva da qual é dependente a tutela inibitória²²¹.

Neste ponto é que se faz evidente repensar tanto o segundo grau de jurisdição quanto o efeito suspensivo do recurso de apelação. No que tange ao primeiro, referencial doutrina brasileira e italiana revisada neste sub-ítem, já tem advertido que dois juízos repetitivos sobre o mérito, independentemente do litígio discutido, fazem do primeiro grau uma extenuante e inútil antessala à espera do novo pronunciamento do tribunal de revisão. Inclusive, pareceria que a degradação advinda do abuso do recurso de apelação afetaria a autonomia e independência do

²²¹ Veja-se; MARINONI, Luiz Guilherme. Três questões urgentes: Desmistificação do duplo grau, execução imediata da sentença e autoridade dos precedentes (técnica da relevância da questão federal). **Cadernos Jurídicos**. OAB/PR, v. 28, 2012b. p. 1.

juiz, pois se todos e cada um dos seus provimentos são apelados ou questionados – desde que o erro humano existe –, não seria difícil considerá-lo como mero juiz instrutor que, após realizar atividade probatória, os Tribunais Estatais – *de revisão* – poderiam manejar à vontade esta decisão de primeiro grau e retardar a sua efetivação.

Luiz Guilherme Marinoni²²², aprofundando lições do florentino Cappelletti²²³, é ciente da necessidade de revisar o dogma do segundo grau de jurisdição, para o qual aponta certas razões reacionárias ao absolutismo desta garantia. Basicamente, a sentença mandamental que protege jurisdicionalmente o direito contra a ilicitude sofre da mesma patologia inerente a qualquer outra sentença apelada. Isto é, o questionamento *ad infinitum* das questões jurídicas ou fáticas da sentença desprestigia a produção jurídica da primeira instância; situação que coloca ao juiz de primeiro grau na qualidade de preparação para o verdadeiro julgamento a ser totalmente revisto, em direito e em fatos, no Tribunal²²⁴.

A insegurança acompanha esse sobredimensionamento do segundo grau de jurisdição dado que os repetitivos juízos sobre uma matéria que já foi exaustivamente investigada, provada e valorada no juizado de primeira instância, venha a ser potencialmente inutilizada ou destituída de valor e efetividade pelo juízo do tribunal. Essa quebra da unidade do poder jurisdicional importa desrespeito à segurança jurídica de estabilidade do decidido em primeiro grau, abrindo as portas para que esta tutela jurisdicional preventiva esteja no vaivém do juízo de primeiro grau e aquele do tribunal deixando de lado a efetivação da sentença. Ora, apoiados em Marinoni²²⁵, a falta de regulamentação – e limitação – do efeito suspensivo prestigia a transformação do recurso em boa desculpa para protelar a definição da causa e, pior ainda, produzir um efeito devastador nos consumidores de justiça. Assim, ao ser adicionado um novo grau de jurisdição, o Judiciário faz um bom serviço e favor à parte que não tem razão e, ao mesmo tempo, presta um péssimo

²²² MARINONI; ARENHART, 2011, op. cit., p. 492-493 e, sintetizando estes argumentos em contra do segundo grau de jurisdição, ver DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 24-25.

²²³ Especificamente, CAPPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: _____. **Proceso, Ideologías, Sociedad**. Buenos Aires: EJEA, 1974b. p. 279.

²²⁴ Carpi afirma que não é dúvida que um dos principais *leit-motiv* recorrente na história do processo civil e da sua evolução seja a relação entre a aspiração de plena certeza, tendencialmente conseguível pela ponderação e reflexão da decisão, visando evitar a injustiça e a exigência de rapidez na conclusão do processo. Cf. CARPI, Federico. **La provvisoria esecutorietà della sentenza**. Milano: Giuffrè, 1979. p. 11.

²²⁵ MARINONI; ARENHART, 2011, op. cit., p. 493.

serviço à parte que lhe assiste o direito; argumentos que levam a cogitar que a maquinaria jurisdicional e o diploma processual oneram o autor com o tempo baseado na premissa de o recurso de apelação com efeito suspensivo ser um problema do demandante. Uma solução pode ser tentada: a particularização dos efeitos suspensivos em face do direito material e (ou) a execução provisória da sentença de primeiro grau.

3.4.4.1 A supressão do efeito suspensivo da apelação e a execução provisória das sentenças

Vem tramitando no Senado brasileiro o Projeto n° 166/2010, que traz como elemento para imprimir maior celeridade ao percurso processual a supressão automática do efeito suspensivo aos recursos para passar a ser aferido individualmente pelo órgão jurisdicional assim que reunidos certos requisitos. Com tal intenção, o legislador infraconstitucional fornece ao juiz regras que permitam certa abertura no manejo do caso concreto visando que, inclusive, na extensão do processo de segundo grau, o juiz de primeiro grau consiga outorgar ou não o efeito suspensivo ao recurso admitido.

Assim, entende-se oportuno citar literalmente as inovações propostas no novo CPC que vem tramitando no Congresso Nacional.

No tocante à apelação, o art. 1.025 comunica o seguinte:

Art. 1025.-

A apelação será, em regra, recebida sem efeito suspensivo. Será, todavia, recebida com este efeito, a requerimento do apelante, se o relator considerar que da imediata produção dos efeitos da sentença, poderá resultar dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo provável o provimento do recurso.

Num. 1.-

Recebida a apelação sem efeito suspensivo, a sentença apelada começará a produzir os seus efeitos.²²⁶

Essa modificação no processo civil brasileiro que, sem dúvida alguma, exige ser introduzida em qualquer legislação processual preocupada com a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, permite de *ope iudicis* que o juiz avalie

²²⁶ BRASIL, 2010, op. cit.

casuisticamente e só a partir disso forneça efeito suspensivo à apelação. Assim, com a preciosa lição de Carpi²²⁷, parece oportuno que o juiz ao emitir a sentença deva declarar expressamente que no caso levado ao seu conhecimento e, adicionamos, calçado na *fattispecie* normativa, o juiz dê imediata execução à sentença, inclusive sendo esta apelada. A técnica legislativa utilizada neste texto normativo é filha das cláusulas gerais, desnudando, destarte, que o juiz, ante o caso concreto (*fattispecie*) e avaliando o potencial dano grave ou de difícil reparação, poderá ou não outorgar eficácia suspensiva à sua própria decisão. Semelhante avanço não representa senão a democracia e o respeito dados ao juiz de primeiro grau para que, ante qualquer situação de fato (abertura normativa), avalie e analise a entrega ou não da suspensão dos efeitos.

Com a nova redação, supera-se o teor definido no art. 558 do Código Buzaid em relação ao cumprimento ou não da decisão, caso exista lesão grave e de difícil reparação ou relevante fundamentação, por aquela do art. 1.025, afirmando que a outorga do efeito suspensivo será diretamente proporcional à possibilidade de cabimento do recurso.

Esse exame e análise, como pode ser visto, exigirão do tribunal, ante a sentença mandamental que contém ordem de fazer ou não fazer, um aprofundado estudo para verificar se realmente existe um *fumus* na apelação proposta pelo réu com o intuito de entrega-lhe efeito suspensivo à sentença apelada.

Sublinhe-se que esse prognóstico sobre a possibilidade de êxito no recurso como condição para a outorga do efeito suspensivo, pode ser feito, nas palavras do processualista Marzullo Zaroni²²⁸, pela verificação da incongruência entre a solução adotada pela sentença e a jurisprudência predominante no juízo *ad quem* ou nos tribunais superiores. Será também com a utilização da regra da idoneidade do efeito da apelação e a mínima restrição possível que o juiz aferirá e decidirá sobre a suspensão dos efeitos da sentença ou sua execução imediata.

Sob o prisma do fenômeno da tutela inibitória e das tutelas jurisdicionais preventivas ou de remoção do ilícito, vale defender que, na maioria das vezes, deverá respeitar-se a regra geral contida no futuro novo Código de Processo Civil, qual seja, a postergação ou mitigação dos efeitos suspensivos das apelações

²²⁷ CARPI, 2007, op. cit., p. 189.

²²⁸ MARZULLO, Bruno. Suspensão do efeito suspensivo da apelação no novo CPC. **Cadernos Jurídicos**. OAB/PR, v. 1, 2011. p. 5.

procurando, assim, que técnicas inadequadas ao direito material permitam ao apelante escamotear a efetividade da decisão final com propósito grosseiramente protelatório. Como foi investigado no início deste subitem, se a tutela inibitória é aquela que não pode aturar os efeitos funestos do tempo no processo, revelava-se bastante óbvio repensar a categoria da apelação e dos seus efeitos.

Assim sentencia Carpi²²⁹: a otimização da execução provisória pode ser muito útil na perseguição daquela finalidade de atuação efetiva do preceito constitucional do direito de ação e, adicionamos, da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva que o processo guiado pelo princípio da efetividade deve procurar.

²²⁹ CARPI, 1979, op. cit., p. 19.

4 FUNDAMENTOS PARA A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PERUANO

4.1 DA TÉCNICA LEGISLATIVA DO ESTADO LIBERAL CLÁSSICO À APARIÇÃO DOS TEXTOS NORMATIVOS ABERTOS

4.1.1 Considerações introdutórias

Iniciada a terceira e última parte da dissertação, faz-se imprescindível tratar, ainda que brevemente, a comunicação entre a Teoria Geral do Direito e a Teoria Geral do Processo. Semelhante empreitada deverá ser entendida sob a lente do neoconstitucionalismo, uma vez, sob o impacto dele na Teoria Geral do Direito, possibilitar-se-ão a compreensão e a utilidade das cláusulas gerais no processo civil *com o evidente empenho de concretizar e dar forma ao Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva*. Esse objetivo compromete a revisão dogmática e crítica de considerações que retrataram o direito em certo estágio da história, influenciando diretamente no processo jurisdicional. Assim, tratar-se-á do positivismo jurídico e a sua relação com o Estado Liberal de Direito para, posteriormente, ingressar no tema da *dinâmica do direito* mediante as cláusulas processuais abertas.

Assim e com a promessa de prestigiar ao juiz como primeiro *operador da experiência jurídica* que diante da polissemia da norma deve realizar um trabalho intelectual, parece-nos conveniente entender e afirmar que o juiz, com efeito, cria direito. Porém, o que devemos entender por *criar direito*? E acrescente-se: quais as ferramentas intelectuais que o juiz deve utilizar na formação do juízo valorativo que plasmará no provimento final?

Com as considerações e ideias a serem expostas, tentaremos abraçar diversas teorias e pareceres que, ao final, nos permitirão, como sujeitos cogitantes, críticos e operadores do direito, poder pensar o direito processual sempre respeitando o modelo Estatal atual, o Estado Constitucional Democrático. Ao tratar da interpretação judicial, criação jurisprudencial do direito e a possibilidade de falar em termos de juiz 'legislador', torna-se indispensável falar em termos de processo civil e novas tarefas que a jurisdição reserva ao juiz. Assim, estamos alinhados à

ideia de a Teoria Geral do Direito ser matéria-prima da atividade jurisdicional como primeiro cenário da inâmica do direito²³⁰.

Pois bem, os operadores do direito temos sido ‘domesticados’ ao longo da nossa formação com teorias sobre o conceito de direito. Por tal motivo, algumas novas teorias ou aquelas redescobertas podem colocar em risco essa formação clássica que nos foi legada. Nesse prisma, desde o ius naturalismo, direito livre, visitando o positivismo filosófico e jurídico até chegar ao pós-positivismo, o fio condutor do direito e quem o produz têm sido objeto de diferentes estudos, tanto de autores pertencentes a um sistema jurídico próprio do *common law* como a autores e doutrinadores tributários do *civil law*. Isso contribuirá com a nossa tentativa de examinar ambas as culturas jurídicas e afirmar que cada uma delas tem suas ponderações a respeito do que é direito e quem pode produzir o direito²³¹. Trataremos, como curiosos e permanentes estudiosos do fenômeno jurídico, de extrair o melhor de cada lição e não abordar o tema com algum resquício de preconceito²³². A final de contas, o que pretendemos neste capítulo é

²³⁰ Preciosa lição sobre a relação entre direito e linguagem é apresentada por Katya Kozicki, quem na dissertação de mestrado indica sobre o discurso e a construção poli-semântica do direito onde o direito, na sua expressão lingüística, é composto por uma série de signos os quais em sua grande maioria, assumem significados absolutos. De certa forma, negar a possibilidade de significados plurais a um mesmo signo jurídico constitui um fetiche dos juristas, para os quais a lei ganha contornos de verdade absoluta, mascarando o seu conteúdo ideológico. KOZICKI, Katya H.L.A. **Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito**. Dissertação (Mestrado)- UFSC, Florianópolis: UFSC, 1993. p. 97. Certamente, cotejando as lições de semiótica e lingüística do lingüista suíço Saussure, a professora, magistralmente compreende o direito como universo lingüístico onde cai por natural e obvio o fato de existir nesses signos jurídicos, no emitente e receptor uma cadeia significativa que permite a pluri-significação, evento que tornaria ilusório aquela completude e univocidade semântica de qualquer destes signos. Essa estreita relação interdisciplinar entre lingüística e direito é linha que seguimos nesta parte da investigação iniciada, devendo consultar-se, também, CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1972.

²³¹ Faz-se preciso lembrar que, a modo de exemplo, Hart considerava a sua teoria como uma teoria aplicável a qualquer sistema jurídico.

²³² Advirta-se para quem tente uma aproximação aos estudos que Hans Kelsen realizou e quem anele tocar a teoria pura do direito e o positivismo jurídico deve levar muito em consideração os estudos prévios que Kelsen realizou dado que resultará, no mínimo, empobrecedor, estudar Kelsen tão somente sob os influxos da sua teoria pura do direito e encubá-lo em um solipsismo que o único que fornecerá será uma visão superficial do mesmo autor, sem ter em conta que essa teoria foi exatamente tratada e ideada em fundamentos de democracia. Ademais, fazemos questão em indicar que a ponte teórica que permite a passagem da abordagem democrática em Kelsen para a abordagem normativista na Teoria Pura do Direito reside na concepção relativa dos valores. Esse fundamento como é conhecido, constitui crítica feroz ao relativismo existente nas teorias de Weber, Radbruch e Kantoworicz que tinham sobre a justiça e a definição iusnaturalista do direito. Do que se trata, ao final, como ocorreu na visita que fez Kelsen a México, no qual ele ficou surpreso com uma assistência de três mil pessoas, é indicar que os estudos de Kelsen produziram um grupo de estudantes que nem se constituíam em ferrenhos críticos nem féis adeptos. Existe um terceiro grupo que, segundo Recasens Siches, que pretendem *encontrar ângulos novos capazes de superar alguns pontos da sua doutrina*. BASTOS SANTOS NETO, Arnaldo *apud* SICHES, Recasens. Balance de la

instrumentalizar a tutela jurisdicional efetiva contra o ilícito que tem por principal mecanismo uma cláusula geral processual definida como regra executiva aberta que permitirá ao juiz gozar de amplos poderes para outorgar uma tutela específica como sinal da máxima tutela que o Estado possa garantir. Ora, se a tutela dos direitos – entendam-se, formas de proteção material – é considerada como a mais alta função da organização do Estado²³³, parece natural afirmar que sem tutela jurisdicional adequada e sem a definição de um direito de ação como direito às técnicas e procedimentos adequados, de nada servirá elevar a tutela dos direitos como função mais alta do Estado.

Contudo, antes de apresentar a situação atual das coisas ou criticar como foi entendido o direito e o seu processo de codificação aos finais do século XIX e começos do XX, faz-se importante salientar o principal fundamento pelo qual se prestigiou e preponderou a lei no *etat de droit*, no *rechstaat*, e com ele o princípio de legalidade. Também, teceremos observações sobre sua automática aplicação por parte do judiciário e a impotente ou inexistente atividade criativa do juiz. Veremos, assim, como é que os ideais pós-revolucionários e a necessidade de completude e certeza no direito tornaram nossa ciência social altamente mutável numa ciência dura, com o intuito de ser matematizada e, por meio da subsunção ou técnica silogística, operar como máquina de produção em série. Em decorrência, considerou-se o texto normativo ou disposição como matéria-prima *para produzir o direito* – como produto legislativo em sua totalidade – e ser aplicado e utilizado pela simples repetição no cotidiano do órgão jurisdicional.

Não obstante, estamos cientes de que o tema não pode ser reduzido a um par de conclusões; conseqüentemente, tentaremos fornecer uma perspectiva com base no direito processual pelo expressivo fato de que a maioria dessas ponderações será verificada na produção do Estado-juiz por se constituir como único detentor da jurisdição. Portanto, o presente estudo ganha importância por não tratar livremente de uma matéria, mas por constituir uma miríade de futuros fundamentos que nos permitirão compreender a utilização das cláusulas gerais, pontualmente das cláusulas processuais abertas.

teoria para el derecho de Kelsen. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. n. 19, Sección de Estudios, 1974. p. 165-177. Cf. ademais, BASTOS SANTOS NETO, Arnaldo. Para reler Kelsen. **Jurisdição e Processo**. v. I, Curitiba: Jurua Editora, 2008. p. 95.

²³³ GIORGIANNI, Michele. **Considerazioni generali**. Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Napoli: Jovene. v. I, 1989. p. 5-6.

Trata-se, portanto, de realizar uma junção que nos traga sucesso na compreensão do fenômeno em análise: uma união ou reconciliação entre a teoria geral do direito, o seu *telos*, com a teoria geral do processo, que nos fornecerá de factibilidade ou praticidade²³⁴ quando quisermos contrastar e aplicar o que podemos extrair da teoria geral do direito. Mas persiste o questionamento: qual a função de teorizar a respeito das cláusulas gerais? Pois bem, acreditamos que, sem o baseamento teórico mínimo, as nossas expectativas de poder concretizar uma norma executiva geral para o processo civil peruano, estariam frustradas. Se quisermos instituir uma técnica processual que vise dotar de instrumentalidade a tutela jurisdicional inibitória em relação à tutela material inibitória, será necessária uma cláusula geral processual de meios executivos atípicos, *numerus apertus*, que permita tutelar jurisdicionalmente aqueles direitos que exigem prevenção de qualquer conduta contrária ao direito.

Como encerramento deste capítulo, focalizaremos a possibilidade de introduzir no CPC Peruano um artigo que permita a abertura de meios executivos atípicos, em direta concordância com o art. 461 do CPC brasileiro de 1973. Para tal, descreveremos as particularidades desse artigo e seu impacto na teoria processual contemporânea, como antagonista das regras executivas típicas, pois caso falarmos unicamente da teoria das cláusulas abertas sem funcionalidade no direito processual, seja brasileiro, seja peruano, o nosso discurso se tornaria vazio.

4.2 O POSITIVISMO COMO CORRENTE JURÍDICA E FILOSÓFICA INERENTE AO ESTADO LIBERAL CLÁSSICO

4.2.1 Contextualização histórico-ideológica do Estado de Direito Liberal

O Estado Liberal de Direito erigiu-se em resposta aos excessos acontecidos no *ancien régime* tendo como primeira reação a imposição do princípio de legalidade pelo Parlamento para de certa forma poder dar início à República e, logicamente, submeter todos os cidadãos e poderes estatais ao império da lei²³⁵.

²³⁴ Ou especificamente, onde encontramos a dinamicidade do direito.

²³⁵ Carl Schmitt já afirmava que a *lei passou a ser definida como ato produzido mediante cooperação da representação popular. E o império da lei converteu-se em império da representação popular. Cf. SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza, 1982. p. 157.*

A lei, assim, foi elevada a ato supremo, vontade popular manifestada por meio da univocidade do legislador objetivando eliminar as atrocidades do absolutismo pertencente à coroa e visando à 'igualização' para prestigiar, dessa forma, a inexistência de tratamento diferenciado aos iguais. Destarte, tanto a administração pública quanto os juízes ficaram submetidos à lei, impedidos de poder invocar qualquer outra situação alheia que pudesse se confrontar com a lei. A primazia da lei, em sendo única fonte de direito, por esse motivo, constrangeu o juiz a ficar atrelado aos confins gramaticais da norma pela simples razão que o cargo de juiz, na França pré-revolucionária, era um cargo nobiliário²³⁶, além de ser comprado ou herdado, o que logicamente supôs particular companheirismo entre o monarca e o juiz²³⁷. Não foram vãs, portanto, as aspirações do revolucionário francês em querer finalizar de qualquer forma o absolutismo imperante no judiciário e na monarquia²³⁸. Acontecia que os juízes se debruçavam perante os senhores feudais e, em resumidas contas, o juiz manipulava o direito da melhor forma que lhe fosse conveniente. Isso fez com que os próprios revolucionários se vissem impelidos a frear a falta de estabilidade e insegurança produzidas pelos juízes e transcender o método iusnaturalista que permaneceu durante toda a etapa medieval²³⁹.

²³⁶ Importantíssimo frisar que Charles Louis de Secondatt, ou Barão de Montesquieu, ganhou tal apelido e o cargo de *president à mortier* do Parlamento de Bordeaux, fato que demonstra que evidentemente a ideologia revolucionária que o levou a teorizar sobre a separação dos poderes e limitar a judicatura mediante a submissão do juiz à lei.

²³⁷ Salientamos que, no *common law*, muito pelo contrário, o magistrado inglês teve a transcendental função de consolidar o direito costumeiro. É por isso que se fala em *judge make law*. Assim, o direito costumeiro, do dia a dia, sobrepunha-se ao direito legislado. Assim, as próprias decisões da Corte Inglesa, no mínimo, constituíam parâmetros a serem seguidos e posteriormente legislados nas casas parlamentares. Neste sistema, o legislativo não se opôs ao judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. MARINONI, 2010b, op. cit., p. 35-36.

Teoriza Zagrebelsky sobre o Estado Liberal que se caracteriza pela concepção da lei como ato deliberado de um Parlamento representativo e concretiza-se: [...] c) pela presença de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei e somente a lei às controvérsias surgidas entre os cidadãos e entre estes e a Administração do Estado. [...] Dessa forma o Estado de Direito assumia um significado que abrangia a representação eletiva, os direitos dos cidadãos e a separação dos poderes; um significado particularmente orientado à proteção do cidadão frente aos arbítrios da Administração. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. 9. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 23.

²³⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. I. São Paulo: RT, 2009b. p. 28.

²³⁹ Retrocedamos alguns anos no tempo e aloquemo-nos nas etapas prévias à Revolução Francesa. A lei, como forma de governo assim entendida por Montesquieu no seu *Espírito das Leis*, apertura uma definição dela indicando que as leis são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas e neste sentido tudo o que existe é próprio da lei. Evidenciemos aqui uma primeira e importantíssima tentativa de o autor francês afastar qualquer resquício da tradição iusnaturalista e especificamente da voluntariedade que caracterizou através da etapa média toda a teologia escolástica. Era, ao final de contas, uma gritante presença de recorrer a uma teoria matemática

A desconfiança levou ao Estado Liberal de Direito a reservar o poder político para si mesmo mediante o princípio de legalidade. O poder, destarte, transportava-se do monarca ao Estado e como germe do positivismo jurídico podemos indicar que o direito *posto* pelo Estado constitui particularidade dessa corrente ideológica.

Em um panorama bastante laxo, o princípio de legalidade comunica-nos a ideia de que a lei é um ato supremo, em decorrência da democracia representativa, que ao mesmo tempo configura-se como ato irresistível, inafastável que, por via de regra, não pode ser oponível diante de qualquer situação em forma ou fundamento, nem pelo poder do rei e da sua administração em nome de alguma razão de Estado. Assim, no panorama judiciário, a inaplicação da lei por parte dos juízes constituía desobediência ao próprio sentido da lei configurando-se, ademais, como utópica qualquer diferenciação de interpretações ‘autênticas’ em nome de direitos mais importantes ou de outras esferas sociais, por constituir desrespeito à *liberté, égalité e fraternité* lema próprio da França revolucionária.

Mas, onde repousa o fundamento do princípio de legalidade? Nesse patamar, a vinculação da administração à lei e a irrestrita aplicação da lei por parte do judiciário forneciam um valor *liberal* ao Estado na medida em que tanto o princípio de legalidade quanto o princípio de liberdade permitiam que o indivíduo se desenvolvesse sem que a autonomia da vontade ficasse limitada pela intervenção estatal. Assim, a liberdade descansava no fato de estar permitido tudo aquilo que a lei não proibisse por ser o Estado liberal, uma sociedade de adultos. Muito pelo contrário, a intervenção estatal verificava-se unicamente por meio da lei e somente em casos excepcionais. Saliente-se que a sociedade burguesa e capitalista exigia assim que o ordenamento jurídico permitisse plenas liberdades contratuais, eficaz circulação de bens e serviços e, portanto, menor ingerência estatal e por menor ingerência estatal, leia-se nula restrição das atividades dos sujeitos privados e impossibilidade de o juiz ‘interpretar’ a norma, dar sentido diferente e, pior ainda, tentar controlar a vontade do particular. Foi assim que permaneceram intatas a

geométrica da verdade e razão para excluir qualquer predicado de justo ou injusto e comprometê-lo, agora, com uma razão positivada. A ideia *montesquiana* foi revolucionária no seu tempo, pois se erigiu como uma ideia que ia a contra do já edificado pelo iusnaturalismo. Cf. TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bolonha: Il Mulino, 1976. p. 265-267.

incoercibilidade das prestações e a redução dos direitos a pecúnia no momento de solucionar os conflitos²⁴⁰.

Ademais, de forma a esclarecer o que foi referido no parágrafo precedente, aquela liberdade com a qual se inaugurou os anos mil e oitocentos não procurava identificar essa liberdade como *a faculdade de decidir se obedecer ou não, nem o direito de me defender com armas e tampouco a particular forma de governo (monárquico, republicano ou particularmente republicano-democrático), nem fazer o que quiser. Em lugar disso, é uma situação individual do cidadão que decorre da particular organização constitucional [...]. E, precisamente, consiste na liberdade do medo de ser perturbado no pacífico usufruto da vida e dos bens que opera em todos os cidadãos*²⁴¹. Verifica-se assim, novamente, a função de a lei preservar aquela liberdade do cidadão, em termos de direitos civis e constitucionais, para frear possíveis ingerências do Estado fundado no receio de poder se repetir o vivenciado no *ancien régime*.

Lembre-se que na Europa Continental no Estado Liberal de Direito permitia-se a hegemonia do parlamento abrindo as portas para que o executivo e o judiciário assumissem posições de submissão. Nesse contexto, deságua a separação de poderes, sendo que o executivo faz cumprir as normas pela característica de polícia da administração pública, o judiciário simplesmente aplica o texto normativo, aplica 'o direito' e, finalmente, o trabalho de criação do mesmo ficava reservado ao parlamento. E aqui apresentamos uma primeira provocação: a teoria das fontes do direito reconheceram-se configuradas pelo contexto histórico, político e ideológico em relação às diferentes culturas jurídicas; referimo-nos ao *common law* e *civil law*. Quando se fala apressadamente que no nosso contexto a lei prima como fonte de direito, isso traz consigo as ponderações que até aqui estamos lançando²⁴², significando a equiparação do Estado a um Estado legalista.

²⁴⁰ Para a compreensão magistral respeito da ideologia das codificações do século XIX e XX, cf. WIEACKER, Franz. **Diritto Privato e Società Industriale**. Nápoles: Edizioni scientifiche italiane, 1983, em especial. Cap. I. Il modello dei codici civile classici e lo sviluppo della società moderna, onde indica que *se considerarmos as duas ideologias políticas nas quais a Alemanha como a Europa ocidental e central toda, os pioneiros da revolução industrial se reconheciam, encontraremos que a inconsistência da fundamental concessão ético social dos códigos civis modernos na sociedade contemporânea deve-se propriamente ao profundo contraste entre liberalismo e democracia*. Cf. p. 8.

²⁴¹ TARELLO, op. cit., p. 286.

²⁴² *Antes do Estado legislativo, ou do advento do princípio de legalidade, o direito não decorria da lei, mas sim da jurisprudência e das teses dos doutores e por esse motivo existia uma grande pluralidade de fontes, procedentes de instituições não só diversas, mas também concorrentes, como o império, a igreja, etc.* Cf. MARINONI apud FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In:

Aproximando-nos do tema que nos convoca, particularidade própria do Estado Liberal foi a consideração da lei como método de abstração e generalização. Assim, a lei abstrata e genérica ficava comprometida com os ideais do Estado Legislativo que objetivava homogeneizar os cidadãos e considerá-los idênticos em *status* jurídico e social, afastando-se, assim, do que acontecia na vida real, mais além das cadeiras parlamentares. Essa lei genérica *somente seria possível em uma sociedade formada por iguais – o que é utópico –, ou em uma sociedade em que o Estado ignorasse desigualdades sociais para privilegiar a liberdade, baseando-se na premissa de que essa somente seria garantida se os homens fossem tratados de maneira formalmente igual, independentemente de suas desigualdades concretas*²⁴³. Acrescente-se a isso que, a cada lei que o parlamento editava e procurava atingir a todos os cidadãos de maneira igual, sem diferenciações, o Congresso respeitava a necessária imparcialidade que deveria existir no tratamento dos sujeitos de direito e, no mais, cuidava novamente de não interferir nas funções dos outros poderes, dado que individualizar a norma ao extremo de ser sumamente específica colidia com a função de o judiciário aplicá-la – individualizá-la – e do executivo perseguir ou assegurar que o privado a observasse. Pois bem, é possível, com isso, tentar outra aproximação da Teoria Geral do Direito como contribuição à Teoria Geral do Processo e à Jurisdição: se a lei não levava consigo a oportunidade de diferenciar posições sociais, *status* jurídicos, ou diferenciar bens patrimoniais daqueles extrapatrimoniais, resultava quase lógico afirmar que o juiz não podia interpretar o texto normativo em defesa das particularidades que não eram advertidas pela lei genérica e abstrata. Mas, eis onde poderíamos advertir uma presença oculta do positivismo jurídico que bem ou mal também impactou no labor do juiz. Referimo-nos à possibilidade de interpretação estudada por Kelsen como forma de individualização e aplicação da lei²⁴⁴. Antes disso, uma premissa.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. p. 15-17. *A criação do Estado legislativo, portanto, implicou na transformação das concepções de direito e de jurisdição*. Ver também, nota 2 e ainda sobre as fontes de direito no *common law*, cf. CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon law series, 1977. p. 154.

²⁴³ MARINONI, 2009b, op. cit., p. 42.

²⁴⁴ Veja-se como, a nosso ver, com sucesso, Kelsen cultuou e estudou muito sobre a interpretação jurídica, o que afasta ainda mais qualquer tentativa de qualquer entusiasta ao alocar a Kelsen como legalista ortodoxo. Contudo, acreditamos que, lamentavelmente, Kelsen referiu-se à interpretação jurídica como *operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no se progredir de um escalão superior para um escalão superior*, muito embora a hierarquia normativa que até nossos dias resulta-nos útil, o professor avançou um passo e retrocedeu dois. Mas, por quê? Pois bem, acreditamos que essa operação mental, mesmo que a individualização de uma norma de um escalão

Temos afirmado que a submissão dos juízes à lei não constituía uma característica essencial da atividade jurisdicional. Pelo contrário, foi uma circunstância histórica medular. A partir daí podemos realizar outra aproximação: Quando falamos em mera e simples aplicação da lei, ou, melhor dizendo, aplicação da disposição legal ou do texto normativo, extirpada de interpretação judicial alguma²⁴⁵, devemos identificar um modelo contaminado pela necessidade de aplicar a disposição tão qual foi criada pelo parlamento porque isso constitui verificação do que é real, do que é certo, completo; como particularidade da generalidade e abstração. Essa busca de completude e certeza era matiz fundamental, senão essência pura do sistema estatal liberal caracterizado por possuir *facções filosóficas*

superior reduza-se a uma norma de um escalão inferior e mesmo que isso constitua um trabalho dedutivo, podemos evidenciar exatamente isso, um trabalho do intelecto do juiz, que poderia servir-nos como primeiro passo para identificar uma futura atividade criacionista do juiz, não necessariamente de uma *lei*, mas sim de uma norma não expressa e oculta no *texto normativo*. Aliás, afirmamos esse avanço de um passo por ter identificado o labor do juiz como operação mental, mas o retrocesso em dois passos verifica-se quando nosso autor vienês atrela esse labor como uma atividade fria de *aplicação do direito* prestigiando talvez o juiz *bouche de la loi montesquiano*. O que fica ainda mais difícil de compreender poderia ser talvez o fato de o próprio autor identificar que *a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ele cria Direito. [...]. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção*. Cf. Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 394.

Esmiuçemos o enunciado por Kelsen. Embora admitamos que o juiz pode criar norma individual para o caso concreto, fica difícil continuar acreditando que essa norma não seja fundamentada *em uma norma geral criada pelo legislador*. Na verdade, entenderíamos o parecer de Kelsen se ele tivesse afirmado que o juiz também pode criar norma geral, situação bastante afastada da realidade. Pois bem, ainda que em termos *kelsenianos* o juiz não possa criar uma norma geral dado que isso já foi feito pelo legislador, o juiz *kelseniano* nunca vai poder se deparar nem enfrentar uma norma que, mesmo válida formalmente, constitua grave injustiça. Aqui, ele tão somente aplica a norma que lhe é justa. Como temos visto, a sentença ira refletir o valor que o positivismo e a teoria pura do direito trazia para nós, qual seja, respeitar a validade da lei e a sua vigência sempre que não seja levada em conta qualquer outra situação alheia ao jurídico. Esse valor científico que foi dado ao Direito mediante o estudo da norma fez com que Kelsen tivesse uma boa intenção, sim, de cientificar o direito, mas caiu no erro de não relacionar outros elementos necessários para a determinação do que é justo ou não. Em acertado estudo, Bulygin, citado por Marinoni assinala que *embora Kelsen entenda que a norma individual (sentença) somente pode ser justificada por uma norma geral, ele não chega a admitir, de forma clara e explícita, que o juiz pode criá-la quando a norma geral é injusta, tanto é que fala, nessa situação em 'aplicação de norma geral não positiva'*. [...]. Isso é uma inconseqüência de Kelsen, pois, se a positividade do direito resulta do fato de que as normas são criadas por atos humanos – como reconhece o próprio Kelsen – não há razão para se falar em 'aplicação de norma geral não positiva'. Cf. MARINONI, 2009b, op. cit., p. 105-106. Doravante, ficará mais fácil enxergar as seguintes situações: i) fica mais difícil entender como é que Kelsen acredita na criação do direito e previamente já tinha falado que a interpretação e a individualização da norma do escalão superior ao escalão inferior constitui mera aplicação do direito; ii) Kelsen, preocupado por outorgar feições científicas ao Direito, excluiu, dessa forma, qualquer valor ou moral ou caráter de justiça e legitimidade no procedimento jurígeno, isto é de criação parlamentar do direito; iii) não é um vício dos processualistas atuais poder enxergar que o juiz, efetivamente, diante de certas situações pode mesmo criar direito, ou seja, não unicamente uma norma jurídica extraída do texto normativo, mas também, como será demonstrado quando couber, criar uma norma geral (!).

²⁴⁵ Ou seja, apurada de qualquer outro significado a não ser aquele exposto nos confins literários da norma.

iluministas e racionalistas. Graças a essa racionalidade cartesiana que visitou o direito, não é errado indicar que o direito sofreu uma ‘matematização’²⁴⁶. Salientemos o seguinte: a tarefa da jurisprudência e todo aquilo que ela incluía, isto é, a tarefa do juiz perante a lei e perante o Estado desenvolvia-se por meio de uma lógica pela qual se produziam proposições de verdade ou falsidade, como as leis objetivas dos números²⁴⁷. Nesse contexto, o método a ser aplicado pelo juiz desde então era uma técnica demonstrativa mediante a qual não unicamente subsumiam os fatos ao corpo textual da lei ou norma, mas também trabalhava-se a norma com juízos de verdade e falsidade extirpados de qualquer falta de certeza. O que não podia ser avaliado com essa dicotomia maniqueísta constituía assim um erro, pois o que se propunha a lei era exatamente isso: demonstrar certeza e ser atingida unicamente por meio da busca da verdade.

Conjuntamente com a ponderação acima elaborada, não foi por engano que Engisch asseverou que “houve um tempo em que tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais” [...]. Engisch citando Bockelmann, que defendia aquela concepção, afirma que

esse tempo foi o do iluminismo [...]. O tribunal, ao aplicar o Direito deve funcionar como um autômato, com a única particularidade de que o aparelho em função não é um mecanismo automático, mas um mecanismo lógico [...]. Ao mesmo tempo, foi-se conduzido ao exagero de estabelecer insustentáveis proibições de interpretar e comentar a lei [...]²⁴⁸.

²⁴⁶ Essa atrevida empreitada levou aos doutrinadores do direito, especificamente processualistas, a caminhar durante todo o século XIX e XX por um caminho sem saída: a busca da verdade por meio do processo civil. Essa ambiciosa tarefa, como não podia ser de outra forma, proveio da ideia de que a norma ao ser certa, o juiz para poder bem aplicá-la na sua sentença, deveria, ao longo do processo, percorrer qualquer trajeto que verificasse que os fatos expostos aconteceram identicamente como ocorreram na realidade. Sem intenção e entrar em terrenos mais complicados, ainda persistem debates sobre uma verdade material e outra processual, desaguando na relativização da coisa julgada. Estes cenários advertem-nos que o método racional iluminista convidou também ao processo a participar nessa busca da verdade para concretizar a vontade da lei.

Para dados históricos respeito do *direito matemático* e a sua aparição e teorização muitos anos antes da vinda da etapa iluminista racionalista, Ver ZAGREBELSKY, Gustavo. **La legge e la sua giustizia**. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 76,ss.

²⁴⁷ Ibidem, p. 79.

²⁴⁸ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 206. Advertimos. Não é que estejamos equiparando ou igualizando a teoria pura do direito Kelseniana com o modelo estatal liberal. No primeiro cenário, realmente o juiz ficava atrelado ao texto normativo, não podendo sequer outorgar outro significado ou entender a lei *de acordo* com a Constituição, até porque nesse modelo estatal não existia preocupação de a lei se submeter à Constituição. Por outro lado, ficaria ilusório esquecer que Kelsen acreditava sim na interpretação jurídica, mas as vezes como aplicação e outras, como foi visto, como criação da norma

Cabe, portanto, tentar algumas considerações a respeito do positivismo jurídico para prosseguir o caminho até o tratamento das cláusulas processuais abertas.

4.2.2 Observação sobre o positivismo jurídico como decorrência do positivismo filosófico. Influência do iusracionalismo e iluminismo

Originariamente, o rigor lógico manifestado ao longo do século XVIII, XIX e XX já tinha se espalhado muito antes desse amplo período, pois o compromisso com esse excesso de racionalismo foi herdado do Direito Romano. Contudo, o racionalismo e iluminismo que marcaram significativamente os três últimos séculos trouxeram no seu bojo novas maneiras e formas de conceber a produção do conhecimento.

Em *A Condição Humana*, Arendt nos apresenta um fundamento importante na afirmação do iusracionalismo como nova óptica a focar a vida a partir do século XVII. Vale lembrar que aquela *vida boa* aristotélica caracterizou-se pela mera contemplação dos fenômenos sem ação alguma. Assim, essa vida contemplativa desaguou na busca da imortalidade e eternidade mediante o pensar e a ação; “sem dúvida, a mudança que ocorreu no século XVII foi mais radical do que se pode depreender da simples inversão da ordem tradicional entre a contemplação e ação. A rigor, essa inversão tinha a ver apenas com a relação entre o pensar e o fazer, ao passo que a contemplação, no sentido original de contemplar a verdade, foi inteiramente abolida”²⁴⁹. Graças a esse novo olhar do indivíduo agora ativo e não mais contemplativo, pode-se afirmar que a escolástica e o conceito do divino deixaram de jogar papel importante para abrir portas para a ciência. Esquecer a contemplação e permitir a adesão do novo indivíduo que veio formar uma ‘comunidade científica’ supôs a quebra do paradigma do iusnaturalismo, do direito livre, do pensar *hobbesiano* ao não reconhecer autoridade estatal alguma.

Isto tudo contribui para a formação não unicamente do método científico sobre a busca da verdade e materialização de qualquer acontecer humano, mas também, permitiu, sobretudo a preparação do caminho pelo qual iria percorrer o

individual. Talvez a raiz dessa confusão é onde o processualista pode coadjuvar na tentativa de entender o seguinte: texto normativo ou disposição, norma expressa e norma não expressa e em que medida o juiz cria uma ou algumas destas categorias.

²⁴⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 304.

positivismo, primeiramente filosófico, para dar lugar ou desembocar no positivismo jurídico, tema que será tratado nas linhas mais adiante.

Mergulhando de forma pontual na antecipação histórico-ideológica do racionalismo e a posterior posituação do direito, um dos mais importantes historiadores do direito moderno, Franz Wieacker, comenta que “se voltarmos à influência particular sobre a História do Direito, são os traços metodológicos-sistemáticos do iusracionalismo e a sua emancipação em relação à teologia moral que caracterizam o iusnaturalismo moderno do continente europeu. Como teoria, ele liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específico [...]”²⁵⁰. Mas, qual a utilidade desses fundamentos? O rigor do método desejado pelo iusracionalismo, e posteriormente pelo positivismo jurídico apresenta-nos um fundamento poucas vezes percebido, mas latente até hoje: o deslocamento da produção do direito do teocentrismo para o antropocentrismo. O homem é indivíduo que quer explicar o seu mundo de forma racional, positivada, ou seja, por meio de dados concretos como única forma de *conhecimento*. Dessa maneira, identificamos outro matiz do positivismo, a de ser uma teoria que nos permitirá abraçar o direito como um elemento posto pelo Estado ou basicamente, positivado, concretizado pela vontade e ação humana e não por Deus. Assim como as experiências naturais guardam importância, no *common law* o direito costumeiro, do dia a dia, aquela *experiência humana*, passou a ser com o tempo reconhecido pela jurisprudência como guardião desse *direito comum* para depois, inclusive, servir de fonte para o direito legislado.

Contudo, estamos convictos de que a lei se verificará pela *experiência jurídica*, por ser esta posterior à *experiência social*. Mesmo que não acreditemos no reducionismo do direito à lei, consideramos o positivismo como ponto de partida para o pós-positivismo que nos permitirá o seguinte: entender não a lei como ato supremo de vontade popular que se sobrepunha a todos, mas entender que é a lei que deve se submeter à Constituição. Diferenciando-nos de Kelsen, estamos preocupados não só com a pureza ou validade da norma, mas, sobretudo, com a sua legitimidade, justiça e reconhecimento realizado pela cidadania de que, exatamente essa lei, deve respeito a um valor fundamental contido na Constituição, como *Charta* que abraça o jurídico, mas também o social, econômico e político. Assim, preponderamos uma

²⁵⁰ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2010. p. 306.

transcendência da mera observação jurídica do Direito, para torná-lo interdisciplinar, interdependente, ou seja, *dinâmico*.

4.2.3 O positivismo jurídico: breve *approach*

Como antecipado em linhas precedentes, o positivismo jurídico constitui fiel decorrência do positivismo filosófico, aquela corrente idealizada por Augusto Comte. Contudo, o que é necessário extrair dessa fonte da qual bebeu o positivismo jurídico é o fato de o primeiro ter como metodologia a observação dos fenômenos pela preponderância e uma percepção sensível dos fatos, do estudo da realidade a partir de dados positivados. Entendemos ser o termo ‘dados positivados’ um conceito que abrange unicamente situações concretas extraídas de qualquer significação metafísica ou teológica. Em consequência, pode-se afirmar que o positivismo jurídico, adotou essa técnica metodológica de ciência em que o direito era estudado por meio da norma jurídica, bem como a conduta humana, sempre que estivesse determinada nessas normas jurídicas. Pois bem, o racionalismo, a cientificidade com a qual se desenvolvia o positivismo permitiu o estudo isolado do fenômeno jurídico, do direito, sem saber que nele, em verdade, convergiam diversos fatores além do jurídico. Assim, “imaginou-se sob o rótulo de positivismo jurídico que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente da objetividade das observações e da experimentação”²⁵¹.

Isso acarretou outra consequência. O direito ao ser reduzido à lei e ao seu estudo sem outra influência mais do que o jurídico, permitiu que o juiz tivesse suas funções simplificadas. É esse o ponto em que a contribuição do processualista tem muito a ver.

Com efeito, o papel do juiz sofreu uma nevrálgica redução ou simplificação por ter como norte a mera aplicação da norma jurídica na prática. Se a isso adicionarmos o fato de as interpretações ‘não autênticas’ consideradas assim por Kelsen, como aquelas meras ‘opiniões’ dos juristas que de nada adiantavam e nem tinha validade para a ciência jurídica, então o círculo se fecha no sentido de limitar

²⁵¹ MARINONI, 2009b, op. cit., p. 32. Nessa linha o professor volta a identificar como agia o positivismo, esta vez indicando com o professor que a validade da lei, ou seja, o objeto sobre o qual estudava a ciência jurídica estava sujeita ao preenchimento dos requisitos de validade da criação dela. Esse esvaziamento do senso de justiça e legitimidade das leis, com a vontade de editar leis abstratas e gerais permitia, também pensar na inexistência de crítica ou exame que o positivismo poderia realizar a respeito dessa função legislativa.

qualquer trabalho verdadeiramente intelectual do juiz e dos operadores. Com Cappelletti poderemos tecer algumas ideias para poder tornar amigável essa dicotomia entre criar e interpretar a norma kelseniana. Segundo o processualista e comparatista florentino, “o que se pretende evidenciar aqui é que o positivismo clássico não dá conta de alguma forma de raciocínio jurídico que não seja uma simples dedução, ou que deixe de encaixar um caso especial dentro do molde de uma regra geral prefixada”²⁵². Com isso, fica evidente que essa simples individualização constituía a primeira forma de pura aplicação da norma por simplesmente por meio do silogismo, atuá-la e plasmá-la na sentença para que essa se tornasse norma individual. Em verdade, não é mais do que uma simples dedução. Destarte, a subsunção tornou-se *método determinativo* que preponderaria na aplicação do direito e, conseqüentemente, da norma.

Dessa forma e antes de prosseguir com a aplicação do direito pela subsunção, aponta-se outro fundamento que era defendido pelo positivismo jurídico: o centralismo na criação do direito. Vejamos. Temos dito que o Estado Clássico Liberal é o Estado Legislativo. A concepção de direito tido nessa época – e por que não dizer até agora em muitos setores – foi aquela de ser o direito produto da casa legislativa. Tudo o que pertencia ao mundo do direito ficava não somente imerso nos limites da lei, mas também era criado em uma instância constitucional, o Parlamento. De forma explícita Zagrebelsky citando Kirchmann indica que “uma ciência do direito reduzida a isto não poderia ter reivindicado nenhum valor autônomo. Era, assim, apropriada a afirmação pejorativa: três palavras retificadoras do legislador tornam bibliotecas completas em lixo”²⁵³. Compartilhamos da ideia de Zagrebelsky ao indicar que *o Estado Constitucional reconhecia-se na contradição com essa inércia mental*²⁵⁴.

De forma resumida, podemos elencar dentre as características do positivismo as seguintes; i) identificação plena do direito com a lei; ii) a completude do ordenamento jurídico; iii) o não reconhecimento de princípios e normas; iv) a dificuldade para explicar os conceitos indeterminados; v) a identificação entre

²⁵² MARINONI *apud* CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee**. Bologna: Il Mulino, 1994. p. 72. (grifo nosso).

²⁵³ ZAGREBELSKY *apud* KIRCHMANN, J.H. **La Jurisprudencia no es una ciencia**. Trad. de A. Truyol y Serra. CEC. Madrid, 1983.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 33.

vigência e validade da lei; vi) o formalismo jurídico e; vii) o não tratamento da questão da legitimidade do direito^{255,256}.

4.3 DINÂMICA DO DIREITO. A SUBSUNÇÃO E CONCREÇÃO COMO METODOLOGIA NORMATIVA

4.3.1 Aplicação do direito mediante o processo subsuntivo

Na metodologia jurídica, no âmbito do processo de aplicação do direito realizado, pelo órgão, quer para o ‘aplicador’ de direito e quer para o ‘criador’ de direito, nesse momento dinâmico é verificada a aplicação da norma por meio de um dos vários métodos, neste caso, pelo do processo de subsunção. Na filosofia jurídica e etimologicamente, o silogismo é definido como uma *conexão de ideias*. Tendo sido elaborado por Aristóteles, o silogismo leva-nos a uma pacífica definição: uma argumentação *lógica perfeita* constituída por duas premissas comunicadas por um nexo causal. A primeira, uma premissa que determina o fato, a segunda é a conexão lógica e a terceira é composta por uma premissa que provém da primeira, graças à acomodação de conceitos ‘puros’ da premissa com conceitos da ‘realidade’ encaixados no suposto de fato ou hipótese de incidência. Ou seja, o silogismo *vincula as ideias* em três premissas, uma premissa maior, uma premissa menor e a consequência.

A nosso ver, não deixa de ser uma das mais básicas construções lógicas, mecânicas e dedutivas a atividade do juiz tributário do princípio de legalidade clássico²⁵⁷, guiada por esta formula: existe uma premissa maior emprestada da lógica e filosofia considerada como *o enunciado do dever ser*, já como premissa

²⁵⁵ CAMBI, Eduard. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2010. p. 79,ss.

²⁵⁶ Importante mencionar também, segundo Barberis, que *o único modo de definir o juspositivismo teórico, consiste em elencar as seguintes teses: a positividade, através da qual o direito existente seria o direito positivo; a normatividade, termo que exige que seja uma norma aquela que regule toda a atividade e conduta humana; a coação, que caracteriza a norma positiva como aquela sancionável e que pode ser exigida embora o sujeito de direito demonstre recalcitrância; a estatalidade, que permite identificar norma jurídica com sua fonte direta de criação: o Estado; a sistematicidade, que atribui um contexto partilhado com outro conjunto de normas, alienígenas a um único código ou lei; coerência, que significa a completude do sistema o que impossibilitaria a eclosão de lacunas e indeterminações normativas e; cientificidade, que coloca à doutrina jurídica como uma ciência da experimentação*. Cf. BARBERIS, Mauro. **Manuale di filosofia del diritto**. Torino: Giappichelli, 2011. p. 23.

²⁵⁷ TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione del diritto. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, v. I, 2001. p. 20.

menor, existe apreensão da *realidade sobre o fato pertinente que foi exposto na premissa maior*. Ou seja, a *fattispecie* não normativa, mas extraída da realidade. A conclusão ou consequência resulta ser a *aplicação da norma ao fato*, constituindo assim a decisão. Entendemos que essa prática acriativa continua se encaixando no processo de aplicação da norma, numa simples acomodação do fato à norma. Assim procedendo, o juiz não outorga outro significado por meio da *interpretatio*, nem cria uma norma jurídica. Assim, a criação da norma fica reservada ao legislador, que dá vida à premissa maior²⁵⁸. Tais técnicas utilizadas pelo positivismo favoreciam uma

²⁵⁸ Sobre o processo de subsunção e o silogismo jurídico Engisch pergunta-se: “o que é o que significa, pois, num caso como o que acabamos de descrever, a subsunção? Havemos de ter em mente duas coisas: na subsunção tal como agora encaramos trata-se primeiramente da sobreposição de um caso individual à uma hipótese ou tipo legal e não diretamente da subordinação ou enquadramento de um grupo de casos ou de uma espécie de casos. [...] um recente trabalho sobre a estrutura lógica da aplicação do direito acentua: a subsunção dum caso a um conceito jurídico representa uma relação entre conceitos: um facto tem de ser pensado em conceitos, pois que de outra forma não é conhecido ao passo que os conceitos jurídicos como seu nome diz, são sempre pensados na forma conceitual. São, portanto subsumidos conceitos de fato a conceitos jurídicos”. Cf. Engisch, Karl. Op. cit. P. 94 e 95. Da mesma forma, em relação ao silogismo, ele indica: “a premissa menor é o nervo que veicula até o caso concreto as idéias jurídicas gerais contidas na lei, que o mesmo é dizer, na premissa maior, e desse modo torna possível a decisão do mesmo caso em conformidade com a lei. Contribuindo de forma decisiva à construção teórica exposta neste artigo, Esser é do seguinte parecer: a aplicação do direito é tão somente um simples ato que é realizado logicamente numa dedução, a assim chamada subsunção da circunstância de fato sobre a norma apropriada. [...] Com o processo de subsunção, apresentado como simples caso de aplicação do direito, vem rapidamente em consideração, em primeira linha, o juízo sobre as características das circunstâncias de fato, em relação à conformidade da *fattispecie*”. Cf. ESSER, Josef. **Precompresione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983. p. 43. Importante frisar que o autor alemão revela a comunicação entre os conceitos jurídicos e conceitos fáticos por meio do silogismo. Assim, “a confrontação da linguagem jurídica especialmente na terminologia de uma lei com a língua falada é, por esse motivo, indispensável porque a conclusão silogística trás a premissa menor (questão da circunstância de fato) e a premissa maior (elemento da *fattispecie*) é trazida com ajuda das vestiduras linguísticas”. Cf. ESSER, op. cit., p. 45. Retratando este mecanicismo do juiz através da aplicação da lei, Emilio Betti indica que a aplicação da lei “é uma situação de fato que pressupõe uma relação desta situação com a *fattispecie* prevista na norma. Trata-se de verificar em qual medida a situação dada corresponde e se encaixa na abstração da *fattispecie* legal”. Cf. BETTI, Emilio. **Di una teoria generale della interpretazione**. Il problema dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto. Milano: Giuffrè, 1966. p. 67.

Do que se trata, a nosso ver, é de um processo pelo qual a norma serve de estêncil para os fatos que foram deduzidos ao longo do processo. Assim, o processo subsuntivo configura-se como mera reprodução da norma à qual se acomodam os fatos para poder criar uma conclusão que se verifica na repetição da norma, mas com conteúdo fático. Não obstante, queremos frisar que pelo fato de estar identificando esta técnica como método jurídico próprio do juiz inativo ou do positivismo, não por isso constitui tentativa do trabalho querer erradicar tal técnica, por constituir elemento valiosíssimo ao momento de aplicar uma norma-regra caracterizada pela extrema especificidade e concreção. A respeito da supervalorização desses “vícios do processualista é indispensável remeter-nos à seguinte passagem em que se critica o neoconstitucionalismo, em que supervaloriza-se a ponderação em detrimento da subsunção olvidando que a subsunção é método bem adequado à aplicação das normas regras, de resto, as espécies normativas mais abundantes no sistema”. Cf. DIDIER JR., 2011, op.cit., p. 30.

metodologia “preocupada unicamente pelo estudo científico e sem axiologia alguma das normas e da sua aplicação”²⁵⁹.

Imaginemos uma situação em que o juiz tenha a certeza de que a consequência a ser obtida da premissa maior conjugada com a premissa menor será injusta ou antijurídica dado que o juiz se preocupou com a validade formal da norma, mas não com a legitimidade ou o nível de justiça. Nesse caso, indaga-se: será que o juiz deverá recorrer ao legislador e denunciar a falta de justiça para a posterior edição de uma mais justa? Será que ao invés de poder participar de um decisionismo comprometido com a Constituição e ser órgão de produção jurídica, deve necessariamente solicitar ao legislador a edição de outra norma? Pois bem, a subsunção e o silogismo não dão resposta certa ante esse panorama. E aqui identificamos outro elemento para contribuir com estudo da Teoria Geral do Direito e a Teoria Geral do Processo. A primeira deve relaxar os alicerces positivistas ortodoxos clássicos a ponto de poder verificar na realidade as bondades que a segunda pretende trazer diante do novo modelo estatal. Explicamo-nos. A releitura tanto de uma teoria geral do direito quanto de alguma teoria geral do processo verifica-se na função que se queira atribuir não unicamente ao Estado, mas ao órgão jurisdicional. Se continuamos cultuando o império irrestrito da lei, um positivismo esclerosante e a submissão deste ao império normativo, então, não tem por que se falar em juiz criativo²⁶⁰. Se, pelo contrário, superamos o positivismo pelo pós-positivismo e o associamos com o constitucionalismo, encontraremos a perspectiva constitucional do processo²⁶¹, que além de conceber um juiz protagonista, diretor do processo e crítico da norma que possa pré-compreendê-la antes de criar a norma jurídica para o caso concreto, e se evidenciarmos na nova função do juiz um modelo de juiz ativo e não burocrata, um agente de poder, então ocorrerá facilmente a superação da técnica positivista para dar lugar a um juiz criador do direito.

Cremos, finalmente, que a norma pode faltar, pode ser incompleta, mas nem por isso comprometer a função de o juiz *ser efetivo operador do direito e não simples aplicador*. Some-se a essa função criativa do juiz o papel de prestígio que ganharia

²⁵⁹ BARBERIS, op. cit., p. 24.

²⁶⁰ Ver também para uma demonstração dessa tendência, em espanhol, PRIETO SANCHÍS, Luis. **Interpretación jurídica y creación judicial del derecho**. Lima: Palestra Editores, 2007.

²⁶¹ Tese introduzida, defendida e seguida em todo o território por Luiz Guilherme Marinoni em inúmeros artigos e livros. Contudo, como variação do nome adotado pelo professor curitibano, Eduardo Cambi identifica essa nova etapa metodológica no direito processual como *neoprocessualismo*. Ver CAMBI, op. cit., 2010.

uma Corte Suprema de Justiça ou um Tribunal Constitucional, pois é também no tratamento análogo de casos que existe atividade de criação²⁶².

4.3.2 Sobre a criação jurisprudencial do direito em Hart e Dworkin

Qualquer ato humano que envolva discricionariedade importa certa dose de criatividade. Nesse patamar é onde se trava a famosa disputa ou debate entre Hart e Dworkin no que tange à atividade do juiz e ao modelo jurisprudencial. Sem pretensão de esgotar o tema, vamos apontar fundamentos básicos e defender a tese hartiana como raiz da utópica ideia de completude das leis e do ordenamento jurídico e confrontar a falta de legitimidade democrática, segundo Dworkin, a qual opera e proíbe os juízes inovarem juridicamente.

Segundo o sucessor de Hart, o modelo positivista hartiano não dá conta da complexidade do direito. Com essa categórica assertiva é que pretende superar a tese de Hart. Em *O Conceito de Direito*, Hart defende a tese da discricionariedade judicial. O Direito como emaranhado caracterizado pela complexidade não pode fornecer resposta a todos os casos que são submetidos ao órgão jurisdicional. Dai porque Hart mostra-se contrário à tese do *juiz Hércules* que, por uma única tese certa irá definir e resolver os casos difíceis.

Diante de um caso difícil, segundo Dworkin, incorrer-se-ia em erro entregar ao juiz esse poder discricionário, pois ele não está legitimado nem para criar normas e menos ainda para aplicá-las retroativamente. O fato de ele não ser eleito pela maioria o situa nesse campo de mera aplicação normativa sem qualquer atividade criativa. Na linha de Dworkin, devemos aceitar que, segundo MacCormick, esse juiz Hércules poderia constituir uma volta ao modelo natural, por atuar o juiz *dworkiniano* como Deus. Isto porque Dworkin não nos fornece um método objetivo e realmente efetivo para esse momento quase divino de elaborar uma única solução certa, senão mediante os princípios. Porém, o legislador tem o dever constitucional de tutelar normativamente os direitos por meio de normas que contenham direitos

²⁶² Em verdade, para o mestre da Università di Torino, para falar em termos de criação do direito como obra da jurisprudência, são necessários dois ingredientes muito relacionados. Primeiro, espera-se o passo do tempo. Logo, precisa-se que nesse tempo seja consolidada uma massa significativa de decisões analogamente orientadas para acreditar na *opinio iuris ac necessitas* sobre o universo dos operadores. Precisa-se, em outras palavras, de costume jurisprudencial. Cf. CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, v. I, 2002. p. 5.

fundamentais *materiais* ou *processuais*. Perante a ausência normativa e a consequente inobservância deste dever, questionamo-nos: quais os motivos para que o juiz, mediante a criação jurisprudencial do direito, mesmo não tendo sido eleito democraticamente, não possa justificar esses votos entregues ao legislador, para uma tarefa que este não cumpriu?

O modelo positivista de discricionariedade judicial, então, afirma que nem sempre existirá uma norma para certos casos, o que nos leva pensar, coerentemente, que o sistema jurídico e o Direito em si nem sempre gozam de completude ou certeza total. Contudo, o direito fornecerá uma variedade de respostas com as quais o juiz *hartiano* deverá trabalhar.

O modelo de Dworkin, assim, evita tratar e muito menos resolver vários problemas. Inibe-se de aceitar que perante as novas necessidades do direito e a sua tutela o juiz possa se tornar em um agente político. Frisemos a importância que Dworkin dá ao fato de o juiz nunca ser um agente político por não ter sido eleito pelo povo, prestigia, assim, sem a menor dúvida a teoria da separação de poderes elaborada por Montesquieu. O juiz fica submetido à lei que é gerada na casa parlamentar. Nos casos difíceis, o juiz ao dar resposta *certa* não deve basear as decisões em ideais políticos, sociais ou em qualquer outra *interdisciplinaridade* porque os casos difíceis resolvem-se com diretrizes próprias do direito²⁶³. O receio de o juiz criador conduzir a um Estado totalitário nutre a tese dworkiniana de que o

²⁶³ O próprio Hart evidencia o conflito acadêmico suscitado com seu predecessor: “o conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Em sendo assim, [...] o juiz deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente”. Cf. HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 333. Veja-se, por exemplo, como é que o Tribunal Constitucional Peruano, ao ter adotado um modelo alemão, possui *autonomia processual* o que indica que diante da inexistência de uma norma geral processual que tutele certo direito constitucional, o Tribunal poderá regulamentar um procedimento ou técnica para poder suprir a ausência e dessa forma, tutela o direito que tinha sido omitido pelo legislador. Sem dúvida, neste panorama, existe, desde logo, criação de norma individual para o caso concreto que entrará a regulamentar o direito não tutelado jurisdicionalmente ou a ausência de técnica que viabilize essa tutela. Assim, o professor Marinoni indica que “de qualquer maneira, mesmo que se admitisse que o juiz pode criar uma norma geral, não se poderia equipará-la, em termos de eficácia vinculante, à norma editada pelo legislador [...] não obstante, através da experiência peruana, prestigia-se o que invoca o professor no sentido de embora, em princípio a ausência de norma geral sequer pudesse ser cogitada em relação a elas, não há motivo para não se indagar o que poderia ser feito pelo juiz de tais teorias se admitida fosse a ausência de lei”. MARINONI, 2012, op. cit., p. 105-106. Cria-se, assim, do direito através de uma norma jurídica para o caso concreto e não como lei ou norma geral.

juiz não está democraticamente legitimado para poder criar direito²⁶⁴. Contudo, ninguém pode negar que, na atualidade e desde há muito tempo, nem o Legislativo, nem o Executivo necessariamente levam consigo uma alta dose de representatividade popular. Mais do que uma razão forte, o fato de o juiz não ter legitimidade, segundo Dworkin, constitui a nosso ver uma mera situação histórica. São evidentes que muitas vezes os desígnios das leis e o futuro delas são decididos nas câmaras parlamentares pelos *lobbies*. Destarte, os fundamentos não majoritaristas e não representativistas que propugnam a anulação das tarefas do juiz, não servem para identificar a falta de legitimidade na criação judicial do direito. Muito pelo contrário, em cada decisão proferida, em cada sentença editada e em cada oportunidade que o juiz tenha para criar o direito, ele prestigia a função que lhe foi encarregada pelo Estado Constitucional, qual seja, ser detentor da jurisdição. Além disso, mesmo que o juiz não tenha sido eleito pela maioria, encontramos *na fundamentação das decisões* ferramenta e atividade perfeita para prestigiar e fornecer legitimidade não unicamente à decisão, mas, sobretudo, ao procedimento judicial em que as partes se encontram²⁶⁵. Na consistência das decisões e na

²⁶⁴ A esse respeito, parece-nos fundamental indicar que a capacidade criativa do juiz deve estar presente agora, hodiernamente, como aliada contra qualquer tentativa de desviar o modelo estatal por caminhos tortos. Não é por isso que o juiz encontra no sua mesma essência a capacidade de produzir mudanças estruturais na sociedade e transcender esse papel de eterno burocrata, permanecendo nula qualquer tentativa de atribuir algum totalitarismo como produto da sua função. Wiethölter, em revolucionário livro leciona que “para uma sociedade política moderna – uma sociedade industrial nascida assim e um Estado Social por índole –, que deseja evitar queira o fascismo como produto de um sistema liberal-individualista-capitalista, queira o stalinismo como produção de um sistema social coletivo-socialista, o direito está a ser criado, ainda não existe”. Cf. WIETHÖLTER, op. cit., p. 4.

²⁶⁵ É importantíssimo advertir que Robert Alexy tem tratado de forma séria o tema da representação parlamentar e a falta de representatividade do órgão jurisdicional, em específico, das cortes constitucionais, para poder realizar o *judicial review* ou controle de constitucionalidade, tal qual designado na tradição do *civil law*. Habilita-nos a pensar que a criação jurisprudencial do direito, como prática análoga ou semelhante à produção normativa no parlamento, pois modula-se e tira-se novo significado do texto normativo, pode também ser objeto da mesma fundamentação a ser dada por Alexy. Como foi dito no trecho que é objeto deste rodapé, indaga-se sobre a legitimidade democrática que teria o órgão jurisdicional ou corte constitucional para produzir direito ou manipular as leis e examinar a sua constitucionalidade. A teoria utilizada por quem questiona a legitimidade destes dois fenômenos, criação jurídica jurisprudencial e revisão de constitucionalidade, está no fato de a fonte primária do direito, isto é, a lei, provém de uma maioria eleita e representativa do povo. Esta sorte não acompanha nem ao judiciário e nem às cortes constitucionais. Em sendo assim, Alexy alude que “o controle de constitucionalidade representa um exercício da autoridade do Estado. Em uma democracia em que todo poder do estado provém do povo, a revisão constitucional pode ser legítima se é compatível com a democracia. O exercício de poder do parlamento é legítima, pois o parlamento representa o povo. A questão é diferente no que tange ao caso da revisão constitucional. Os juizes das cortes constitucionais não têm, em regra, legitimidade democrática e a povoação não tem normalmente meios e formas como possibilitar o controle ou como escolher estes juizes. A única forma como pode ser reconciliada a revisão constitucional com a democracia é através da representação do povo. Neste ponto indagar-se-á sobre a representação sem eleições para legitimar

fundamentação e valoração delas, o juiz pode completar o ordenamento jurídico por ser consciente da insuficiência da norma²⁶⁶. Acrescente-se a isso que o processo judicial, ao ser um âmbito particularizado por existir prática da retórica e da dialética entre o juiz-Estado e as partes, constitui, dessa forma, o único processo de atividade pública e democrática, dado que as partes possuem uma série de ferramentas que possibilitam a sua ativa participação e questionamento dos atos do juiz, que são atos do Estado²⁶⁷.

Se queremos entender a função constitucional do juiz, fica impossível não pensar em um 'protagonismo' impotente e desejar solucioná-lo com criatividade. Um juiz que seja um agente político de mudança responsável não deveria assustar aos defensores da separação dos poderes e da falta de legitimidade no momento de criação jurisprudencial do direito. A sociedade hodierna precisa de um juiz

a função de revisão de constitucionalidade". Cf. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**. New York. Oxford University Press and New York University School of Law, v. III. 2005. p. 578.

Nessa seara, o professor alemão indica que um adequado conceito de democracia deve comprometer não só decisão mas argumentação. A inclusão de argumentação na democracia a faz deliberativa. Agora, uma democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar ao máximo o discurso para tornar pública a produção de decisões ou neste caso, das leis. Assim, a conexão entre parlamento e povo não deve ser vista tão somente nos votos mas também no argumento. Retomando os dizeres do professor, ele assinala que a "representação do povo nas cortes constitucionais, é, em contraste, puramente argumentativa. O fato de a representação parlamentar ser uma expressão voluntária como discursiva demonstra que a representação e a argumentação não apresentam-se incompatíveis". Mais adiante, o professor anuncia que as condições para uma representação argumentativa exigem a existência de argumentos certos e a existência de pessoas racionais que têm intenção e capacidade para aceitar estes argumentos certos pelas razões que parecem corretas. Assim, a revisão constitucional e a criação jurisprudencial do direito podem ser exitosas se os ditados da corte constitucional são aceitados pela comunidade que se afigura capaz e apta a exercer suas capacidades racionais. Cf. ALEXY, op. cit., p. 580.

Embora o tema contenha certa densidade, devemos partir da ideia de legitimidade proposta por Niklas Luhmann, no sentido de indicar que a "legitimidade pode definir-se como disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância". Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 50. Amparados nas lições de Alexy, podemos associar o dito por Luhmann no sentido de indicar que o controle judicial de constitucionalidade da lei se justifica e legitima quando os juízes demonstram publicamente – *discursiva e argumentativamente* –, que seus julgamentos estão amparados em argumentos que são reconhecidos como bons argumentos ou ao menos como argumentos plausíveis, por todas aquelas pessoas racionais que aceitam a Constituição. Este conteúdo não definido, mas tolerável, definido por Luhmann, encontra-se na decisão de revisão constitucional aceitado pela cidadania que deve ser uma representação argumentativa que convença à cidadania que o direito fundamental e sua tutela jurisdicional argumentada deve prevalecer sobre qualquer decisão ou produção parlamentar. Veja-se também ao respeito, MARINONI, 2012a, op. cit., p. 449.

²⁶⁶ "A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito". Cf. MARINONI, 2012a, op. cit., p. 108.

²⁶⁷ Sobre o direito de ação como direito fundamental de participação, Ver MARINONI, 2012, op. cit., p. 271.

interventor e criador de novas soluções para a rápida e altamente mutável vida em sociedade, dado que pensar em uma *inocente* completude do ordenamento jurídico e, sobretudo da lei, significa atribuir perfeição ao legislador. Pois bem, o *sonho nobre* a nosso, ver não descansaria mais na hipótese de o juiz criar direito por não ser legislador, mas na vergonhosa ideia de acreditar que a lei e o ordenamento jurídico são completos, certos, imutáveis e que retrata perfeitamente a vida em sociedade²⁶⁸, sem saber que dia a dia essa sociedade requer do juiz novas respostas²⁶⁹. Eis onde aparecem as cláusulas abertas como necessidade de mobilidade e constante renovação do ordenamento jurídico pelo máximo ato do poder jurisdicional, ato que é indisfarçável atribuir com discricionariedade, vontade e sentimento: a sentença²⁷⁰.

4.4 A DICOTOMIA DAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS DE CODIFICAÇÃO E REGRAS GERAIS OU ABERTAS COMO FUNDAMENTO DA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO

O fundamento que repousa por detrás das cláusulas abertas é um fundamento de evolução no ordenamento jurídico e de superação do clássico Estado Liberal em que, como visto, a *jurigenia* provinha da casa parlamentar; sistema que tinha sido consagrado desde o *Code Napoleon*, que no art. 1.5. já sentenciava negativamente que *é proibido aos juízes resolver por meio de disposições gerais*²⁷¹. Não obstante, cogitamos imprescindível reconhecer o direito judicial como sistema de produção jurídica que, em certa medida, segundo Zaccaria,

²⁶⁸ Ver a propósito, CAPPELLETTI, Mauro. **¿Jueces legisladores?** Lima: Communitas, 2010. p. 65, em que o autor expõe que “os parlamentos têm demonstrado, por um lado, o caráter vaidoso da sua pretensão de se erigirem na posição de instrumentos onipotentes de progresso social. Muitas leis têm sido emanadas muito tarde, o tornaram-se obsoletas muitas outras se revelaram ineficazes, senão antiprodutivas respeitando as finalidades sociais que procuravam conseguir”.

²⁶⁹ Cappelletti adverte o seguinte: “sobre o conceito de interpretação tem se formado no mundo ocidental, especificamente por fines do século passado e durante o nosso século uma vasta bibliografia [...]. A tentativa ou o resultado principal de este amplíssimo debate foi apresentar que, com ou sem a consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade e, portanto, de criatividade é inerente a toda interpretação e, portanto não tão somente à interpretação do direito”. Cf. CAPPELLETTI, 2010, op. cit., p. 26. “É o intérprete, certamente, o chamado a dar nova vida ao texto que, por si mesmo, está morto – mero símbolo de ato de vida de outra pessoa”. Cf. Ibidem, p. 28.

²⁷⁰ Palavra que etimologicamente provém do *sententiae* e *sentire*, ambas relacionadas ao sentimento e que, certamente, implicam um sentimento do juiz, a simpatia ou antipatia por uma parte ou por um testemunho, o interesse ou desinteresse por uma questão ou argumento jurídico, a abertura para um novo tipo evolutivo, histórico ou sociológico de *interpretação das leis* antes que uma interpretação estritamente formal. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Ideologías en el derecho procesal. In: _____. **Proceso, Ideologías, Sociedad**. Buenos Aires: EJE, 1974c. p. 3.

²⁷¹ DELGADO SUÁREZ, Christian. Os precedentes constitucionais no Peru. In: MARINONI. Luiz Guilherme (Org.) **A força dos precedentes**. 2. ed.. Salvador: Ed. JusPodium, 2012. p. 492.

é autônomo em relação ao direito legislativo, que goza do monopólio da criação do direito²⁷². Daí porque apresentar neste tópico *o novo olhar* que deve ser dado ao Estado e, com ele, a superação da redução do direito à lei e a submissão do juiz ao produto criado no Legislativo²⁷³. As rápidas mudanças sociais e a tutela jurisdicional do direito material em face da ausência de tutela normativa do legislador, assim o exigem.

As cláusulas abertas constituem verdadeira chamada de atenção ao legislador sobre sua função, a qual deverá equilibrar-se entre a prudência e a flexibilidade se se quiser atribuir ao ordenamento jurídico uma abertura que possa contemplar as exigências ético-sociais. Wieacker sustenta que esse panorama é muito mais notório na medida em que a norma contenha maior indeterminação e, de forma especial, no caso das cláusulas gerais. Por isso entendemos com o jurista alemão que as cláusulas gerais contribuem à criação de um direito futuro²⁷⁴.

Perante a existência de novas situações jurídicas, emergência de novos direitos, interesses legítimos protegidos e a proliferação de valores que acompanham o fenômeno social e fenômeno jurídico, resulta difícil acreditar que existirá uma *superlegislação* que terá o condão de abranger todo o fenômeno jurídico-social da vida do cidadão²⁷⁵. Destarte, acreditar nisso seria reviver o pensamento de Frederico o Grande e tentar, como ele, elaborar um código civil de mais de dezessete mil artigos²⁷⁶. Não obstante, ninguém nega que nos bastidores das casas parlamentares, a jurigenia descansava no único método que conseguiu acalmar as ânsias do positivismo remanescente nos legisladores e, portanto, engessando o sistema em função do método ultracasuístico em respeito aos ideais de certeza e igualdade.

²⁷² ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Madrid: Civitas, 2004. p. 355.

²⁷³ O grande processualista piemontês Enrico Allorio indicava em relação a este ponto que no Estado Moderno existe uma totalidade de previsão legislativa que é consequência natural do fato que o legislador nunca atingirá a certeza e totalidade pela previsão legislativa e é exatamente por isso que se encontra invadido pelo desespero de completar o sistema jurídico por meio da sua previsão *in toto* da vida do sujeito. É pensamento de Allorio também, aquele mediante o qual atribui o monopólio da produção jurídica ao legislativo levando em consideração que tal circunstância advém da própria característica do nosso sistema jurídico – *civil law* – a diferença do *common law* e do direito romano pretório, em que o juiz, em ambos cenários, mesmo distanciados pela temporalidade, produziam direito com a potestade de criar novas normas. Assim, o monopólio jurídico detém o Estado legislativo e não o Estado jurisdicional. Cf. ALLORIO, op. cit., p. 9,248-249.

²⁷⁴ WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Madrid: Civitas, 1982. p. 39-40.

²⁷⁵ Nesse sentido, PICARDI, op. cit., p. 18.

²⁷⁶ O interminável *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* com o impressionante número de dezenove mil artigos que abrangiam todos os ramos do direito, vigente até a eliminação dos remanescentes feudais do reino de Prússia.

Irti, em importante monografia voltada ao estudo da teoria da codificação²⁷⁷, salienta que os códigos erigiam-se como verdadeiras garantias da certeza do direito. Assim, essa certeza espelhava a noção de estabilidade, uniformidade e organicidade da disciplina positivista. A primeira consequência tinha a ver com a tranquilidade que o cidadão possuiria, pois os seus pares teriam sido *objeto* de igualização por uma lei ou um código que não inclui mais normas costumeiras, retirando do sistema jurídico, também, qualquer resquício de norma fluída, aberta, geral ou específica, destinada a certo grupo de indivíduos que pelo seu *status* jurídico requeriam regulamentação adequada aos seus interesses.

A metodologia casuística da técnica legislativa por *fattispecie*, imperante na maioria da codificação de direito civil pós-revolucionária, vestia o legislador de oráculo e pretendia dele a produção legislativa de um verdadeiro juízo prognóstico que elimina ou reduz a incógnita do futuro²⁷⁸. A grande e permanente preocupação ainda permanecia na garantia de igualdade²⁷⁹ que impedia produzir normas diferenciadas e, ainda mais, cerceava a possibilidade de o juiz interpretar, concretizar ou amoldar a norma ao caso concreto²⁸⁰.

O que pretendemos demonstrar é a incompatibilidade da plenitude lógica e completude legislativa da qual se serve um ordenamento jurídico rígido e fechado e, portanto, *ultracasuístico*²⁸¹.

No cenário brasileiro, Judith Martins-Costa questiona se o progresso do direito - em termos de regulamentação da vida em sociedade - deve recorrer ou ser auxiliado sempre pela tarefa legislativa ou se o próprio sistema²⁸², mediante certos

²⁷⁷ IRTI, 2009, op. cit., p. 94.

²⁷⁸ Ibidem, p. 95.

²⁷⁹ Sobre codificação e igualdade, Cf. GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e Costituzione**. Bologna: Zanichelli, 1983. p. 23.

²⁸⁰ Em termos de 'caso concreto' é importante assinar que aqui o juiz tem a *importante tarefa de definir e determinar a situação de cada caso concreto [...]*. Por tal motivo, *nas cláusulas gerais encontramos outro tipo de metodologia, ficando perante diretrizes que como tais, remetem ao juiz a um significado a ser encontrado, a pontos de orientação e não a pontos fixos e concretos*. Cf. WIEACKER, 1982, op. cit., p. 41.

²⁸¹ Do qual decorre a importância da hermenêutica e interpretação como forma de reduzir o impacto da falta de clareza que o legislador plasma no direito criado parlamentarmente. Cf. LIMONGI-FRANÇA, Rubens. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 22.

²⁸² Resulta, no mínimo, esclarecedor, remeter ao leitor aos trabalhos do sociólogo do direito Niklas Luhmann, quem, em uma obra de referência, trata sobre a teoria dos sistemas nas ciências sociais, indicando, junto com a denominação de Varela e Maturana, que nas ciências sociais podemos encontrar um sistema que se caracteriza por ser *autopoietico*. Com isso, queremos indicar que, pela autopoiese o sistema – *neste caso, jurídico* – se autoproduz em estrutura, mecanismo e função em sendo sistema social. Ver LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de los sistemas**. Madrid. Universidad Iberoamericana, 1995 e; LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Hayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

mecanismos, pode apresentar válvulas de escape para descongestionar o caos normativo em uma legislação hercúlea²⁸³ que se diferencia por regular absolutamente tudo. Nesse sentido, na contemporaneidade as novas codificações deverão se despojar do desenho geométrico e perfeito da sociedade²⁸⁴. Trata-se, também, de uma mordaz atenuação do desejo fetichista de os legisladores serem os únicos responsáveis por garantir a segurança à sociedade e ao sistema por meio dos códigos²⁸⁵.

A respeito dessa metodologia ou técnica legislativa tratada, Irti indica que “o estilo dos códigos do século XIX é tributário dessa necessidade de proteção externa e de garantia da previsão individual. A imutabilidade é considerada o primeiro e fundamental caráter de uma legislação civil”²⁸⁶. Pois bem, essa técnica legislativa, como foi visto, apoia-se na metodologia da *fattispecie* e da consequência jurídica. Assim, o legislador com pretensões de onisciência, ilude-se e permite-se anular a capacidade criativa do juiz, pois como é notório, a técnica casuística impede ao juiz de outorgar uma tutela ao caso concreto que, por vezes, possui fatos e elementos não plasmados no texto normativo.

Nesse patamar, o método codificador ou de redação:

Desenvolve-se segundo a lógica clássica do suposto de fato e efeitos, isto é, de hipóteses particulares e de correlatas consequências jurídicas. O legislador, destarte, ilude-se com a criação de um repertório de figuras e disciplinas típicas de tal forma que o juiz pouco ou nada pode adicionar para a comprovação do fato concreto [...]. A técnica do suposto de fato aniquila ou reduz ao mínimo as cláusulas gerais e os conceitos fluidos; ao caráter de imutabilidade adicionam-se a pretensão de ausência de lacunas e o desejo de dar resposta a todos os problemas da sociedade²⁸⁷.

²⁸³ Analogia utilizada e proveniente do termo que foi dado ao juiz *dworkiniano*. Se esse juiz está na aptidão de possuir uma única resposta certa para os casos difíceis, o legislador Hércules, inocentemente também terá resposta certa e única para todos os acontecimentos da vida. Assim, torna-se interessante ver que esse juiz Hércules então, terá a obrigação de dar resposta – por meio da lei – a todos os grupos representados que votaram por ele e, ainda mais, por meio da sua técnica legislativa casuística, deverá fornecer resposta a qualquer situação da vida, não deixando ao juiz ponto de erupção nenhuma para a discricionariedade. O legislador Hercules não pode sacrificar o orgulho que lhe produz o método casuístico.

²⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um ‘Sistema em Construção’. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, Síntese Editora, v. 15, 1998. p. 130.

²⁸⁵ Para uma relação entre codificação e segurança, Ver especialmente, IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Barcelona: J.M. Bosch Editores, 1992. p. 17,ss. Ver também para o tempo como recurso escasso na produção legislativa, DOHRING, Herbert. Time as a scarce resource: Government control of the agenda. In: _____. **Parliaments and Majority rule in Western Europe**. Frankfurt: Campus Verlag-St. Martin's Press, 1995.

²⁸⁶ IRTI, 1992, op. cit., p. 19.

²⁸⁷ Ibidem, p. 20-21. Ver também, MARTINS-COSTA, op. cit., p. 133.

No mesmo sentido, Martins-Costa afirma que existe na técnica casuística um nulo exercício de abstração por parte do juiz e, também, nenhuma hesitação a respeito da sua tarefa, qual seja: aplicar a norma tal qual foi legislada no parlamento.

Revisitando o juiz *montesquiano*, não haverá dúvida que o juiz desse modelo deverá decidir o conflito pronunciando as palavras da lei e não podendo se confundir com aquele que pode dar significação ao conceito indeterminado ou concretizar regra aberta adotando a solução que lhe parecer certa e adequada ao caso concreto²⁸⁸. Pelo contrário, afirmamos serem as cláusulas gerais reforçadores do poder criativo na atividade jurisdicional, pois é assim que o julgador poderia coadjuvar na construção do ordenamento jurídico lançando mão de valores não expressos e completando a norma pela concreção²⁸⁹ tendo em vista que esta espécie normativa tem como alicerce valores extrajurídicos defasando aquela tradição de completude e claridade do sistema normativo iuspositivista²⁹⁰.

Aproximando-nos na tentativa de definição das cláusulas gerais e desviando do *babel* conceitual assim como as pretensões de paternidade de uma unívoca definição que gira em torno desta categoria normativa, podemos arriscar uma noção sob uma tríplice perspectiva: i) *da fonte de produção* a cláusula geral é, primeiramente, uma técnica legislativa²⁹¹ antagonista da técnica casuística, mediante a qual o legislador não completa a norma com uma *fattispecie* determinada; ii) *em termos de linguagem* a cláusula geral considera-se um sintagma incluído em um enunciado normativo, caracterizado de particular vagueza²⁹² ou indeterminação²⁹³,

²⁸⁸ Tributário àquele parecer: MARINONI, 2011, p. 86. Ademais, no cenário processual, o professor indica que “a lei processual não pode antever as verdadeiras necessidades de direito material uma vez que essas apenas se transformam diariamente, mas igualmente assumem contornos variados conforme os casos concretos. Diante disso, chegou-se naturalmente à necessidade de uma norma processual destinada a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, ainda que dentro de sua moldura, os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos”. MARINONI, 2012a, op. cit., p. 123.

²⁸⁹ DIDIER JR., op. cit., p. 34. Passagem na qual também adverte acerca da necessidade do respeito ao caso concreto para enxergar o uso das cláusulas gerais. Trata-se de uma justiça do caso concreto elaborada pelo juiz graças à indeterminação legislativa. Linha que inicialmente é satisfatoriamente exposta por Esser.

²⁹⁰ VELLUZZI, Vito. **Le clause generali**. Semantica e politica del diritto. Milano: Giuffrè, 2010. p. 14. A raiz dessa generosa ilusão de atingir confins verdadeiros do ordenamento jurídico e comprovada a impotência do direito legislador, aparece na cláusula geral como “o mais equilibrado discurso sobre um direito como produto cultural que permitirá o equilíbrio entre a tensão do novo e do velho”. Cf. CASTRONOVO, Carlo. L'avventura delle clause generali. **Revista Critica del Diritto Privato**. Napoli: Jovene Editore, v. 1, 1986. p. 21.

²⁹¹ Originariamente proposta em, RODOTÀ, Stefano. Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile. **Rivista di diritto commerciale**. v. I, 1967. p. 94.

²⁹² Sobre a vagueza do direito como um todo no *common law*, Ver ENDICOTT, Timothy. **Vagueness in law**. New York: Oxford Press University, 2003.

permitindo, assim, que estas palavras ou sintagmas – signos linguísticos – irradiem vários *significantes* ao receptor; e iii) *metodologicamente*, a cláusula geral é uma espécie normativa que exige do aplicador (juiz) uma atividade valorativa inerente a uma técnica de integração e compreensão e não simples acomodação do geral ao particular.

4.4.1 Por um entendimento das cláusulas abertas: A pré-compreensão e concreção

Para a exitosa utilização das cláusulas abertas, o juiz precisa de duas técnicas próprias com as quais poderá criar e extrair a norma para o caso concreto. Falamos da pré-compreensão e concreção da norma.

Não obstante defendamos o uso das cláusulas abertas, não devemos supor que isso nos levará a ser partidários de, por meio dessas regras, permitir o autoritarismo judicial. Do que se trata, em realidade, é de tornar patente a superação da técnica subsuntiva e afirmar que essa existência e disponibilização de cláusulas gerais irão exigir do juiz um maior trabalho intelectual. Canaris tem advertido que ao se tratar de um ponto de erupção de equidade, não se pode reservar ao juiz a perigosa tarefa de experimentar sozinho e descobrir os confins da norma aberta. Frise-se que a equidade pode ser identificada no direito positivo, *especificamente nas regras gerais contidas nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil [...] dado que o juiz tem a faculdade de adequar a lei às novas exigências, oriundas das transmutações sociais das instituições*²⁹⁴. Essa situação, de fato, coloca ao Código Civil Brasileiro de 2002 na qualidade de código moderno, pois ele mesmo se reconhece como incompleto e afirma a existência de cláusulas abertas para renovar o próprio sistema. Tal situação não acontece na codificação civil e processual civil do direito peruano, existindo sim variados textos normativos abertos, mas não havendo fundamentação alguma sobre seu potencial uso.

²⁹³ Para aprofundar na definição linguística, ver VELLUZZI, op. cit., Cap. I.

²⁹⁴ Limongi-França afirma ser requisito da equidade que a construção da regra de equidade não deve ser sentimental ou arbitrária, mas o fruto de uma elaboração científica, em harmonia com o espírito que rege o sistema e especialmente com os princípios que informam o instituto objeto da decisão. A equidade, portanto, não deve ser entendida como decisão fora das regras e formas do direito. Cf. LIMONGI-FRANÇA, op. cit., p. 76-77. Para aprofundar o estudo da equidade no direito anglo-saxão, ver FRIGNANI, op. cit., p. 22.

Embora existam empecilhos em acreditar ou sustentar que o uso de cláusulas gerais atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é do seu ofício, não pretendemos cultivar uma fuga da casuística para as cláusulas gerais, ou nos termos de Hedelmann, *die flucht in die Generalklauseln*. Já o disse Didier Jr., “compete à teoria jurídica e à jurisprudência desenvolver técnicas dogmáticas adequadas de uso dessas espécies normativas”²⁹⁵, constituindo gravíssima irresponsabilidade pretender construir um código unicamente com cláusulas gerais; fato que colocaria esse ordenamento no acaso, no azar, na plena insegurança e falta de regulamentação mínima.

Fundamento principal é o seguinte: o juiz não se vestirá novamente com as roupagens da lógica dedutiva racionalista tal qual o ideal do Estado Liberal Clássico. O juiz, em face das cláusulas abertas, absolutamente nada fará se ele pretende enxergá-las por meio da subsunção. Nesse panorama, mais do que proibido, encontrar-se-á intelectualmente *desafiado*. O juiz, graças à superação do método positivista semântico, deverá se esforçar em pré-compreender a norma e averiguar nela um sentido, uma finalidade, um *telos*, que desde já indicamos não se trata mais da *vontade do legislador*. Com isso, deverá empreender o caminho para concretizar a abstração do texto normativo e produzir uma norma jurídica na medida dos fatos trazidos ao processo. Metaforicamente, o juiz elabora uma norma *customizada* às partes apoiando-se em uma moldura laxa que permite aquela plasticidade; logo, sem invadir a atividade legislativa o juiz regula o caso concreto. Assim, verifica-se essa primeira comunicação ou interação entre o legislador, que deliberadamente não completa ou especifica a norma, e o juiz que estará comprometido agora com a modelação da norma²⁹⁶.

Temos visto que a desconfiança própria do produto jurisdicional na etapa da justiça do arbítrio e gabinete (uma justiça propícia aos interesses dos senhores feudais) e o espírito racionalista da lei fizeram com que o juiz ficasse vinculado à lei e a aplicasse tal qual gerada no parlamento. Com o passar do tempo e uma vez que a confiança ao juiz voltou, “começou a se pensar em desembaraçá-lo também das

²⁹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos del Principio de Cooperación en el Derecho Procesal Civil Português**. Trad. Christian Delgado Suárez. Lima: Communitas, 2010. p. 73.

²⁹⁶ Esser afirma que a tarefa de julgar diante das cláusulas abertas “decorre de uma apreciação de todas as circunstâncias a serem consideradas no caso concreto para dessa forma verificar a equidade de tal forma que não subsuma, mas exerceite uma jurisprudência do caso concreto no sentido mais estrito do termo, seguindo uma normativa ad hoc”. ESSER, op. cit., p. 55.

andas da lei a fim de eles disporem daquela liberdade de decisão que precisam para dominar a vida na pluralidade das suas formas e na sua imprevisibilidade²⁹⁷.

Pré-compreendendo a norma, Esser entende que na aplicação da norma são determinantes as metas que são legadas a ela como modelo de regulamentação. Isto é, a sua *ratio*²⁹⁸. Logo, para concretizar precisa-se a pré-compreensão, e para obter sucesso nessa tarefa o juiz deverá procurar elementos que, na maior parte do tempo, podem fugir do sistema jurídico e ser encontrados nas máximas de conduta, regras de experiência ou valores não expressos no ordenamento que, em verdade, constituem fatores inclusivos, *pré-positivos*²⁹⁹. O aplicador, destarte, veste-se de criador e por meio da concreção realiza *processo criativo de integração de valores e interesses concretos*³⁰⁰, em lições de Humberto Ávila.

Ora, essa pré-compreensão não pode deixar de levar em consideração o *consenso social* estabelecido em torno das circunstancias que esse método avaliará. Tanto os usos como costumes devem sempre ser visitados pelo juiz com vistas a poder preencher de conteúdo as cláusulas gerais³⁰¹. A doutrina ainda encontra-se dividida quanto ao uso das cláusulas gerais³⁰² e a redução destas para eliminar a miragem iusnaturalista dos juízes. Contudo, somos do parecer que, enquanto não existir boa comunicação entre os teóricos ortodoxos do direito e os processualistas mais preocupados com o processo social e efetivo, o diálogo será de surdos. Resulta, no mínimo, paradoxal, afirmar que o uso dessas cláusulas produz uma fuga iusnaturalista, quando o iusnaturalismo e direito livre não respeitavam em absoluto

²⁹⁷ ENGISCH, op. cit., p. 207.

²⁹⁸ Ibidem, p. 29.

²⁹⁹ Esser admite que é possível, no caso das cláusulas abertas, falar de uma intervenção sobre um ponto de vista valorativo e parâmetros de valoração pré-positivos. Cf. ESSER, op. cit., p. 61. Assim, essa formulação 'em branco' realizada pelo legislador exige o reenvio do juiz a valores sociais. Acrescentando a isso, Hruschka já sentenciava que *o texto jurídico não compreendido, não entendido, permanece como letra morta sobre a carta por ser exatamente isso, somente um texto jurídico*. HRUSCHKA, Joachim. **La comprensione dei testi giuridici**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983. p. 3.

³⁰⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 439.

³⁰¹ Afigura-se importante contribuição para a pacificação e entendimento apropriado das cláusulas os efeitos do uso e respeito dos precedentes, em sendo elemento que visa arrumar as diversas interpretações respeito de mesmas regras e princípios. É desse entender CHIARLONI, 2002, op. cit., Ver também, MARINONI, 2011a, op. cit., p. 88.

³⁰² Ver, por exemplo, em sede processual, onde é o cenário que tem sediado as principais aplicações das cláusulas gerais, THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio de segurança jurídica. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Orgs.). **Terceira etapa da reforma do CPC**. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 199.

nem a moldura legal para a partir dela criar a norma para o caso concreto e até ir *contra legem*³⁰³, situação quilometricamente distante do que acontece no desenvolver das cláusulas gerais³⁰⁴.

Não se pode esquecer de mencionar que o principal ensinamento de Esser passa por considerar que a jurisprudência – *locus* onde acontecem os processos de positivação – é verdadeiro motor da incessante atividade de concreção do direito³⁰⁵, para o qual, o trabalho prévio de pré-compreensão permitirá ao aplicador selecionar uma série de valores que fogem do âmbito estritamente jurídico. O juiz, portanto, concretizará, dará forma, *completará* o texto normativo geral, tornando-o em regra jurídica para o caso concreto em virtude de valores e princípios que dão forma ao sistema jurídico³⁰⁶. Em verdade, o que defendemos não é tornar o sistema jurídico do *civil law* no *common law*, mas, simplesmente, extrair desse sistema o mecanismo de produção jurídica, que não descansou nem descansará unicamente no labor do legislador, pois, como refere Allorio, o sistema de produção judicial do direito oferece um critério de automática adequação da norma mediante o sensível procedimento da consciência jurídica social que é o juiz³⁰⁷.

³⁰³ Para uma ampla e detalhada explicação do direito livre e sua concepção, Ver KANTOROWICZ, Hermann U. **La lotta per la scienza del diritto**. Turin: Forni Editore. Reimp, 1908.

³⁰⁴ Não perder de vista que o movimento do direito livre é acusado por Esser como irracional e muito emocional tendo como escopo prescindir do sistema normativo intersubjetivo de direito e de valores que se inserem na solução satisfatória do caso.

³⁰⁵ ZACCARIA, op. cit., p. 372. O teórico do direito padovano encerra o relato e análise da tese esseriana indicando, assim, que a pré-compreensão é algo comum à sociedade, como um tecido de valores, saberes e expectativas que representam a trama da interpretação.

³⁰⁶ Remetemos ao leitor a dois trabalhos defendidos na Universidade Federal do Paraná nos que os autores revelam a importância do uso das cláusulas gerais, porém, fazendo referência que o único método a ser aplicado ao uso destes textos normativos vagos, seria a concreção, já tendo noticiado que a concreção seria posterior ao primeiro contato do jurista com o direito, isto é, a pré-compreensão. Ver HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Os direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais**. Dissertação (Mestrado em Direito da UFPR). Universidade Federal do Paraná, 2006 e; CASTELLANI, Sabrina Auer. **As cláusulas gerais no processo civil e sua interpretação em conformidade com os direitos fundamentais**. Monografia (TCC da Faculdade de Direito da UFPR). Universidade Federal do Paraná, 2009.

³⁰⁷ ALLORIO, op. cit., p. 249.

4.5 O FENÔMENO DAS CLÁUSULAS PROCESSUAIS ABERTAS E O SEU IMPACTO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PERUANO

4.5.1 O artigo 461º do Código de Processo Civil Brasileiro como regra concretizadora do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

A legítima tentativa de querer reunir o direito material com o processo tem habilitado à doutrina e legislação modelar o direito processual civil e suas normas segundo as exigências do direito material, ao sabor das novas e constantes mudanças sociais que impactam, aceite-se ou não, no acontecer jurídico.

Com efeito, a ponte de comunicação existente entre a teoria geral do direito e a teoria geral do processo, manifestada nas cláusulas processuais abertas, passa por examinar as características da norma processual. Assim, a disposição legislativa processual corresponde ao plano jurídico *formal*, que contém regras as quais permitem tutelar as normas da dimensão *material*, isto é, as atributivas de direitos ou situações jurídicas várias³⁰⁸. A norma processual, antes de tudo, é norma jurídica e, como norma jurídica, é uma espécie de norma social³⁰⁹.

Sem a menor intenção de realizar uma taxonomia das normas jurídicas, perquiriremos sobre a noção de norma processual e sua hermenêutica. Monroy Gálvez, em estudo avançado para o seu tempo, indica que a norma processual caracteriza-se por ser instrumental, formal e dinâmica. “É instrumental, pois assegura a eficácia de uma norma material e regula o mecanismo para a sua aplicação e materialização. É uma norma prevista para efetivar outra norma. É direito para o direito. Contudo, essa vocação de serviço não pode torná-la neutra”³¹⁰.

Ademais, saliente-se que a norma processual, segundo o professor peruano, leva no seu bojo um traço fundamental: a sua *dinamicidade*. Citando novamente o autor do CPC Peruano de 1993, afirma a “aplicação da norma processual importa a existência de uma relação jurídica em constante e permanente mudança”. Embora se fale da dinamicidade da relação entre as partes e o objeto do processo, acrescentamos que o direito processual é atingido pelo influxo do direito material e,

³⁰⁸ CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1961. p. 25.

³⁰⁹ MONROY GÁLVEZ, Juan. Bases para el estudio de la relación entre el derecho y sociología. *Derecho y Sociedad. Revista de Derecho Público*. Lima, Año I, n. 1, 1989. p. 46-47.

³¹⁰ MONROY GÁLVEZ, 1996, op. cit., p. 156. Ver também sobre a utopia da neutralidade da lei como herança iluminista, BAPTISTA DA SILVA, 2005, op. cit., p. 305,ss.

se este último é constantemente alterado pela realidade social, faz-se imperativo utilizar a norma processual e adequá-la aos novos requerimentos do direito material. É por isso que a plasticidade da norma processual, e, sobretudo, da norma processual aberta, deve ser operada segundo o caso concreto, *customizando*, destarte, uma norma jurídica *ad hoc* para a tutela do direito levado ao processo³¹¹.

Tal dinamicidade, que bem pode ser encontrada no momento de examinar as cláusulas gerais, impõe ao juiz que a interpretação deva ser realizada com os princípios que estruturam o direito processual e *com as finalidades que persegue o processo, ou seja, efetivar o direito material em relação a um caso concreto*³¹². Saliente-se, ademais, que a utilização das cláusulas processuais abertas, tendo como uma das suas espécies as regras executivas abertas exige do juiz um uso responsável, no sentido de utilizá-las levando em consideração a regra da menor restrição possível. Melhor explicando: o juiz não se limitará ao uso da pré-compreensão e posterior concretização da cláusula aberta. Pelo contrário, socorrer-se-á da adequada justificação da escolha da medida executiva aberta e isso o fará tendo em consideração a mínima restrição possível na esfera do réu devedor, pensando na medida *exatamente* necessária para atingir o cumprimento e não violentar algum direito do recalcitrante³¹³.

³¹¹ Ver nesse sentido, também, MONROY GÁLVEZ, 1989, p. cit., p. 169.

³¹² Ibidem, p. 172. Fundamento parcialmente partilhado com o professor peruano, pois, como é evidente, a norma processual já pré-fixada pode ser impotente para atender ou tutelar o direito material e se incorreria em irresponsabilidade ao querer atribuir ao texto normativo processual alguma função para a qual não tenha sido criada. Assim, devemos ter especial cuidado ao indicar que qualquer norma processual deve se concretizar à luz da tutela do caso concreto. Reformulemos: concretizam-se princípios, mas regras simplesmente devem ser aplicadas. Imaginar que todo pode ser resolvido com princípios deixaria ao litigante na total incerteza e insegurança sobre a atuação do órgão jurisdicional. Assim, a norma de direito material pode existir, mas essa tutela material outorgada àquele direito pode resultar inútil e meramente declarativa por razões próprias da legislação processual. Isto é, se faltam regras que viabilizem a execução específica, medidas coercitivas ou medidas executivas diretas, então o direito reconhecido pela norma de direito material não encontrará no processo uma tutela efetiva, deixando assim ao direito material com uma tutela pelo equivalente, mas nunca plena. Destarte, não podemos e nem devemos desculpar o legislador da ausência de regras de execução específica indicando que somente bastaria aplicarmos princípios e concretizá-los. Chianale é claro ao indicar que o próprio direito material pode encontrar impossibilidade de realização plena no próprio processo civil. Cf. CHIANALE, op. cit., p. 44. Sobre a importância do uso de textos normativos casuísticos – regras – no processo civil para concretizar os princípios, ver DIDIER JR., 2011a, op. cit., p. 34.

³¹³ Impossível deixar de afirmar que o principal receio de o legislador outorgar ao juiz a capacidade de completar uma regra executiva aberta é o posterior uso e abuso que o juiz poderia fazer. Isto é, se o juiz não tiver elemento algum para pensar a cláusula geral processual de execução específica e ainda pior, se não tiver argumentação adequada para decidir pelo meio idôneo, necessário e de menor restrição possível, sem dúvidas, a regra executiva aberta poderia se tornar numa ferramenta de *vendetta*. Ver sobre o uso das regras executivas abertas, MARINONI, 2012a, p. 124.

Já em termos de processo civil, podemos considerar todo o arcabouço doutrinário desenvolvido em relação às cláusulas gerais para poder afirmar que, em verdade, o direito processual civil também precisa de normas flexíveis para a construção do caso concreto e a verdadeira outorga de tutela jurídica³¹⁴. É nesse cenário que se faz propício o uso de cláusulas processuais abertas e em específico de uma regra executiva atípica.

Antes de prosseguir, vejamos o que regulamenta o art. 461º do Código de Processo Civil de 1973 a ser reformado:

Art. 461.- Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário, com requisição de força policial.³¹⁵

No Projeto de Lei que visa à reforma do CPC de 1973, no artigo 511 o legislador tem respeitado a redação original do dispositivo normativo que regulamenta as sentenças que contenham obrigação de fazer ou não fazer, mas também se acrescentou um parágrafo único que institui a preponderância da tutela específica sob a tutela genérica ou por equivalente³¹⁶:

Art. 511.- Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. A tutela específica serve para inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, e para o ressarcimento de um dano.

Semelhante acréscimo só pode significar a primazia da tutela específica que provém da afirmação de Chiovenda, “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele

³¹⁴ DIDIER JR., 2011, op. cit., p. 39.

³¹⁵ BRASIL, 1973, op. cit.

³¹⁶ Remetemos ao leito ao art. 550 do Projeto de Lei de Reforma do CPC de 1973, artigo em que se regulamentam os meios executivos abertos, com a qualidade de *numerus apertus*, ao indicar, mais uma vez, que o juiz pode determinar as medidas necessárias para conceder a tutela específica. BRASIL, 2010, op. cit.

tenha direito de conseguir³¹⁷. Não sendo suficiente a consagração da tutela jurisdicional contra o ilícito – e logicamente, dentro dela, a ação inibitória – no repertório legislativo brasileiro, o legislador também quis introduzir uma regra executiva aberta ou *numerus apertus*, derruindo assim a trágica herança da tipicidade das medidas executivas. Isso, com o único intuito de que a tutela jurisdicional efetiva não seja reduzida unicamente a um direito a uma sentença ou mero direito à resolução do conflito, mas, para além de tudo, um direito que exija do órgão jurisdicional a prática daquilo que o consumidor de justiça tinha direito antes de o processo se iniciar. Caso não seja efetivada a tutela jurisdicional, simplesmente permanecerá no campo das boas intenções.

Mandrioli, eminente processualista preocupado com a proibição de interferência do Estado e, portanto, do juiz sobre o patrimônio e a vontade do sujeito recalcitrante a uma ordem jurisdicional, asseverou que “as formas previstas no Código de Processo Civil implicam o reconhecimento da regra fundamental da intangibilidade da esfera da autonomia do devedor, autonomia que somente pode ser invadida nos modos e formas tipicamente previstas na lei processual”³¹⁸. Contudo, é preciso ter cuidado com essa tese que visa reconstruir esses dogmas do passado e que na atualidade não conseguem satisfazer a tutela efetiva dos direitos³¹⁹. Some-se a isso que o hodierno sistema de justiça civil não pode se desenvolver mais por esse processo que imperava no Estado Liberal Clássico em que o juiz encontrava-se limitado às formas executivas sancionadas estritamente na legislação processual. Esquivar-se dos confins da norma configurava impensável ingerência do juiz na liberdade humana³²⁰, da mesma forma reconhecer até hoje sua

³¹⁷ CHIOVENDA, 1993, op. cit., p. 110.

³¹⁸ MANDRIOLI, Crisanto. L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro. **Rivista di Diritto Processuale**, 1975. p. 23.

³¹⁹ O principal dogma que impedia a realização e satisfação plena dos direitos, especificamente aqueles que impunham ao devedor um fazer ou um não fazer, revestia-se no fetiche da *nemo ad factum cogi potest*, brocardo latino que protegia ao devedor de qualquer obrigação de fazer ou não fazer, em caso não cumprisse a prestação que tinha se pactuado. Basicamente, aquele latinismo significa que *ninguém pode ser obrigado a realizar uma ação*. Ver ao respeito, MONTESANO, 2001, op. cit., p. 10. Ver também que o professor curitibano Arenhart salienta que este princípio representa o auge da consagração da liberdade humana e de sua dignidade como critério de existência. Ainda que tenha ele se formado no decorrer da história, teve seu apogeu na previsão do Código Civil Napoleônico em seu art. 1.142. Cf. ARENHART, 2004, op. cit., p. 77. Destarte, afirma-se, mais uma vez, que foi o modelo de estado liberal burguês que implantou tanto no direito material como processual aquela necessidade de proibir ir contra a livre vontade humana e, portanto, estar fora de cogitação compelir ao recalcitrante a poder exercer um ato que ele, em princípio, não queria *fazer*.

³²⁰ Conhecidas são as lições do professor paranaense Marinoni que indica no que tange à introdução de cláusulas processuais abertas que “a lei processual não pode antever as verdadeiras necessidades do direito material, uma vez que essas não apenas se transformam diariamente, mas

inércia e falta de mecanismos para a efetivação do seu mandado constitui frontal inobservância do seu dever constitucional de prestar tutela jurisdicional.

Ocorre que a cláusula processual aberta, basicamente a norma contida no art. 461³²¹ do CPC Brasileiro de 1973, introduzida na reforma de 1994, teve como fundamento o reconhecimento aos litigantes e ao juiz de maiores direitos/poderes para permitir que o processo em verdade se tornasse efetivo. Indaga-se: se o direito de ação requer a construção de uma tutela adequada ao caso concreto, na maioria das vezes atípica, qual o motivo para determinar que os meios executivos devam estar tipificados? Isto é, legislação e doutrina reconhecem a abstração do direito de ação, mas tipificam a forma como essa ação pode ser efetivada no mundo do *ser*?

Ora, devemos indicar que a tutela jurisdicional efetiva leva este adjetivo *efetiva* não simplesmente por fulminar o conflito intersubjetivo³²². Essa noção conflitualista deve ser deixada de lado, pois é própria de uma definição *carneluttiana*, inerente a um modelo processual científico que por via de regra – isto é a tutela jurisdicional exercida pela jurisdição – devia compor o litígio. Em verdade e, como temos salientado no Capítulo II, a tutela jurisdicional efetiva coloca ao juiz o dever de ir mais além de resolver um conflito.

Na experiência comparada e em um dos últimos estudos voltados ao tema da tutela inibitória e efetividade processual, Puleo afirma que a tutela jurisdicional diferenciada – procedimento que também instrumentaliza a tutela inibitória – tem sua razão de ser na superação da proveniente relação intersubjetiva, da tradicional visão do processo como instrumento resolutório do conflito sobre posições de vantagem contrapostas à vinda de um ‘sistema de valores’ intrínsecos à Carta fundamental, que tem deixado de lado o pouco interesse em como a tutela é prestada se deter na adequação e na efetividade do tratamento jurisdicional concedido³²³.

igualmente assumem contornos variados conforme o caso concreto. Diante disso, chegou-se naturalmente à necessidade de uma norma processual destinada a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, ainda que dentro da sua moldura, os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos”. Cf. MARINONI, 2012, p. 121.

³²¹ O art. 461º do CPC indica que o juiz poderá impor multa diária ao réu para contrangê-lo ao cumprimento de uma ordem de fazer ou de não fazer, seja na concessão de tutela antecipatória, seja na sentença concessiva de tutela final (art. 461, par. 3º e 4º), ou ainda determinar, para dar efetividade a qualquer uma dessas decisões, as medidas necessárias que são exemplificadas pelo par. 5º do art. 461, com a busca e apreensão, a remoção de pessoas ou coisas ou desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva. Cf. MARINONI, 2011b, p. 122.

³²² MONROY GÁLVEZ, 1996, op. cit., p. 213.

³²³ PULEO, op. cit., p. 77. Do mesmo parecer é, GRASSO, Edoardo. I procedimenti camerali e l’oggetto della tutela. **Rivista di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1990. p. 35.

Se isso é verdade, o juiz contemporâneo deve tutelar os direitos, inclusive quando não exista uma norma de direito material que consiga amparar um direito subjetivo ou interesse legítimo, destacando que o juiz, assim como o seu homólogo do sistema do *common law*, exerce sua função norteado pela pesado mandado de *remedies precede rights*³²⁴. Daí que um dos representantes da escola paulista de processo, o professor Bedaque, tenha assinalado que processo efetivo é aquele que observando o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material³²⁵. Aproximando-nos da doutrina processual peruana, devemos afirmar, sem dúvida, que a satisfação jurisdicional deve ser a representação fática daquilo que tivesse acontecido normalmente se não tivesse ocorrido a crise de cooperação. Em outros termos, com o fundamento da ação material levado ao processo e somando a isso que o Estado goza do monopólio da administração de justiça, o processo não pode permitir a existência de uma *margem diferencial* entre a normal satisfação caso tivessem sido observadas as normas de direito material e o resultado produto da função jurisdicional³²⁶. Se o processo não conta com técnicas, procedimentos e meios adequados para encarar efetivamente a tutela dos direitos, o legislador e o juiz estarão enviando uma clara mensagem de insuficiência do dever normativo de tutela e do dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos. Se isso acontecer, decorre naturalmente a mensagem de retorno à autotutela³²⁷.

É por essa razão que se uma cláusula geral permite a constante renovação do sistema, é imperioso que o processo civil também disponha de uma arquitetura normativa maleável para que o juiz selecione idoneamente o meio executivo e outorgue a tutela específica³²⁸. E nem só isso, porque como foi tratada, a tutela jurisdicional efetiva não deve unicamente permitir uma tutela jurídica do direito

³²⁴ Para um aprofundamento do sistema de codificação material e processual nos sistemas do *civil law* e *common law*, ver CAENEGEM, Raoul Van. **I sistemi giuridici europei**. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 49,ss.

³²⁵ BEDAQUE, op. cit., p. 68.

³²⁶ MONROY PALACIOS, op. cit., p. 298.

³²⁷ Importante contribuição que Arenhart realiza em base aos ensinamentos do professor Marinoni, ver ARENHART, 2004, op. cit., p. 50,ss. Ver também, MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 25.

³²⁸ Entendemos, acompanhando o professor Marinoni que “se a sentença condenatória está ligada aos meios executivos tipificados na lei, elimina-se a possibilidade de o juiz poder trabalhar com qualquer outro método de execução, controlando-se, desse jeito, a possibilidade de arbítrio. Entende-se que naquele panorama a esfera jurídica do demandado não pode ser invadida por meio executivo não previsto na lei, pois se iria à contra da liberdade ou a segurança psicológica do cidadão”. Cf. MARINONI, 2007, op. cit., p. 29.

material de forma específica ou pelo equivalente, mas também, e, sobretudo, permitir uma tutela praticável, que tenha impacto no plano do direito do *ser* e não tão somente no *dever ser*.

A importância do art. 461 para o direito processual civil peruano e para qualquer outro ordenamento que se reconheça como garantidor da tutela judicial efetiva, reside no fato que o legislador entrega ao juiz parcela do seu poder de regular a conduta humana. Assim, o juiz agora tem o poder de impor o meio executivo adequado (art. 461, par. 4º e 5º), adotar a sentença idônea e inclusive conceder tutela antecipatória fazendo referência apenas às técnicas processuais que podem ser utilizadas, sem precisar em que situações de direito material e muito menos em que casos concretos elas podem ser aplicadas³²⁹. Se o juiz hoje é chamado a substituir a *fattispecie* que regularmente se incrustaria num dispositivo normativo, por decorrência lógica, a cláusula aberta permitirá ao juiz identificar a necessidade do direito material e sua fundamentação fática para, posteriormente, atribuir uma medida executiva ou medida necessária visando efetivar a tutela jurisdicional que ele mesmo fornecerá. Diante disso, acompanhamos a maioria de processualistas brasileiros que argumentam que um sistema de meios executivos abertos ou atípicos prestigia o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva³³⁰.

4.5.2 Identificação da crise: Inexistência de regra executiva aberta concretizadora da tutela jurisdicional efetiva no processo civil peruano

Voltada ao tema da perspectiva constitucional do processo, a efetividade da tutela jurisdicional, ao ser um direito fundamental, em princípio, precisaria de uma regra que pudesse concretizar aquela *efetividade*, e mesmo inexistindo regra o juiz também deve prestar essa tutela jurisdicional ao direito material. Nesse contexto, se a efetividade tem a ver com a verificação no mundo dos fatos daquilo que foi pedido ou solicitado pelo autor, o juiz deveria estar munido de poder e de técnicas necessárias para tornar efetiva sua decisão. O que é dito constitui pressuposto básico para quem trabalhe com a efetividade, pois caso inexistia regra processual que não permita tal efetividade ou regra que inviabilize a obtenção do bem de vida

³²⁹ MARINONI, 2012a, p. 122.

³³⁰ Ver por todos MARINONI, 2011b, também MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 5. ed. São Paulo: RT, 2012c; ARENHART, 2000, op. cit.; ARENHART, 2004, op. cit.; DIDIER JR., 2011, op. cit.

efetivando a sentença, estaríamos perante um ordenamento jurídico impotente. E mais, seria normal acreditar no mal funcionamento do judiciário ou, ainda pior, afirmar que o Estado não tem interesse em dar tutela jurídica ao direito material. É óbvio afirmar que o dever do Estado não pode se limitar e nem se esgotar na garantia de mero e simples acesso à justiça como direito à obtenção de uma sentença, mas, sobretudo, como direito erigido a dar realidade prática às sentenças que imponham um fazer ou não fazer.

Em verdade, o dever de o juiz prestar tutela jurisdicional efetiva não se limita à mera enunciação que em respeito ao direito material, deve outorgar uma tutela específica e tangível. Assumir e afirmar isso significaria cair no maior reducionismo possível deste direito fundamental. Fato é que o direito à tutela jurisdicional deve apoiar-se na diversidade de técnicas processuais, sentenças e meios existentes no processo para cumprir tal missão, ou seja, realizar o direito material. A nossa principal preocupação com o tratamento das cláusulas abertas parte da necessidade de outorgar técnicas adequadas, pois é decorrência do dever reservado ao juiz de prestar tutela e também decorrência natural do direito de ação à tutela adequada dos direitos³³¹. Caso contrário - isto é, encarregar uma tutela jurisdicional sem técnicas - significaria obrigar ao juiz a cumprir uma finalidade sem ter meios necessários para tal. Metaforicamente, ele conseguiria apontar o dedo à lua, mas nunca veria o caminho até ela.

Diversos Tribunais Constitucionais têm advertido acerca da importância da tutela jurisdicional, direito fundamental que foi definido sempre de forma conjunta com a *efetividade*. Nesse sentido, permitimo-nos citar uma série de julgados que

³³¹ Marinoni ensina que “para compreender o que o juiz faz quando decide – se atua a vontade da lei, etc. –, é necessário entender, além da concepção do direito do Estado contemporâneo, a função dos direitos fundamentais materiais. Mas como a adequada prestação jurisdicional depende da universalidade do acesso à justiça, do plano normativo processual, da estrutura material da administração da justiça, bem como do comportamento do juiz, também é preciso pensar na relação entre o direito fundamental à tutela jurisdicional e o ‘modo de ser’ da jurisdição, ou melhor, entre o direito fundamental processual do particular e a capacidade de o Estado efetivamente prestar a tutela jurisdicional”. Continua o professor afirmando que o “ ‘modo de ser’ da jurisdição influi sobre o resultado da sua atividade. Isso porque não basta dizer que a jurisdição implica na conformação da lei à Constituição de acordo com as peculiaridades do caso concreto, se o juiz não pode, por exemplo, utilizar **um meio executivo imprescindível para a prestação da tutela jurisdicional**. Sem essa possibilidade, como é óbvio, o Judiciário não pode responder ao direito fundamental processual do particular ou se desincumbir do seu dever de dar tutela aos direitos. [...] não há mais como conceber a jurisdição em uma dimensão que ignore a sua dinâmica processual, pois o bom resultado da sua tarefa é indissociavelmente ligado ao ‘meio instrumental’ (técnica processual, estrutura fática, comportamento dos auxiliares e do juiz) com o qual trabalha”. Cf. MARINONI, 2012, p. 68.

convidam ao operador jurídico a pensar a tutela jurisdicional em termos de efetividade.

A Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol 67/1984 de 7 de junho, o máximo tribunal de interpretação constitucional ibérico expressa o seguinte:

A execução das sentenças é uma questão de capital importância para a efetividade do Estado Social e Democrático de Direito que proclama a Constituição – art. 1 – que se reflete dentro do próprio Título Preliminar, na sujeição dos cidadãos e dos Poderes Públicos à Constituição e ao restante do ordenamento jurídico, efetividade que se produz normalmente por meio da atuação do Poder Judiciário – arts. 117 e seguintes da Constituição – que finaliza com a execução das sentenças e resoluções firmes. Assim, dificilmente pode se falar da existência de um Estado de Direito quando as sentenças não são observadas ou cumpridas, e por isso que a o art. 118 da Constituição estabeleça que “é obrigado a cumprir as sentenças e demais resoluções firmes emitidas pelos juízes e tribunais, assim como prestar colaboração requerida por estes no decurso do processo e na execução do mesmo”. Quando tal dever de cumprimento e obrigação é inobservado pelos Poderes Públicos, isso constitui grave atentado ao Estado de Direito e, por isso, tal inobservância ou recalcitrância – caso se produzir – não pode impedir ou comprometer a efetividade das sentenças firmes³³².

Posteriormente, no ano de 1998, mediante a Sentença do Tribunal Constitucional 163/1998, o Tribunal expressou-se da seguinte forma:

Este Tribunal tem afirmado reiteradamente que o direito à tutela jurisdicional efetiva, reconhecido no art. 24.1 da Constituição Espanhola, compreende o direito de que as sentenças sejam executadas nos seus próprios termos, pois sem isso a tutela dos direitos e interesses legítimos dos que obtiveram uma resolução favorável não seriam efetivas, mas ficariam em declarações de intenções e de reconhecimento de direitos sem alcance prático, sendo que os tribunais devem velar pelo cumprimento como expressamente declara-se no art. 117.3 da Constituição Espanhola. Destarte, o juiz que deixa de executar suas decisões ou não faz cumprir aquilo que sentenciou

³³² ESPANHA - Tribunal Constitucional Espanhol. **Sentença n. 67/1984**. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/320>>. Acesso em: 18 dez. 2012. Tradução livre: La ejecución de las sentencias es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado Social y Democrático de Derecho que proclama la Constitución – art. 1 – que se refleja en el propio Título Preliminar, en la sujeción de los ciudadanos y Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, efectividad que se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial – arts. 117 y siguientes de la Constitución – que finaliza con la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes. Así, difícilmente se puede hablar de existencia de un Estado de Derecho cuando las sentencias no son observadas o cumplidas y por eso es que en el art. 118 de la Constitución se establezca que “es obligado a cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes emitidas por los jueces y tribunales, así como prestar colaboración requerida por estos en el decurso del proceso y en la ejecución del mismo”. Cuando tal deber de cumplimiento y obligación es inobservado por los Poderes Públicos, eso constituye grave atentado al Estado de Derecho y, por eso, tal inobservancia – en caso se produzca – no puede impedir o comprometer la efectividad de las sentencias firmes.

ou o manda cumprir defeituosamente, não reconhece o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva³³³.

Inclusive a própria Corte Costituzionale italiana advertiu no seguinte sentido no que tange à efetividade da tutela jurisdicional, em sentença proferida no dia 8 de setembro de 1995:

Deve se entender como conotação intrínseca da própria função jurisdicional não tão somente a imprescindível exigência de credibilidade (crédito) unida ao seu exercício mas antes, o poder de impor mesmo coativamente em caso seja necessário, o respeito da ordem contida no pronunciamento do juiz e, portanto, a obtenção daquele resultado prático, tangível, reconhecido exercício justo e necessário do juiz³³⁴.

Não obstante, as sentenças antes mencionadas não podem deixar de exigir a observância do sentenciado e, sobretudo ter medidas de execução que permitam a específica prática do comando emitido na sentença. Inclusive, o próprio Tribunal Constitucional do Peru tem teorizado assim:

O direito à execução das resoluções judiciais é uma das expressões da tutela processual efetiva. Assim, o terceiro parágrafo do art. 4º do Código Processual Constitucional Peruano expressa: “entende-se por tutela processual efetiva aquela situação jurídica de uma pessoa em que se respeitem de modo enunciativo, seus direitos à atuação adequada e tempestiva das resoluções judiciais”.

A doutrina jurisprudencial do Tribunal Constitucional entende que o direito à execução das resoluções constitui parte inafastável da exigência de efetividade da tutela jurisdicional. Com efeito, nas sentenças 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC e 0004-2002-AI/TC o Tribunal tem estabelecido que “o direito à execução das resoluções judiciais é uma concreção específica da exigência de efetividade que garante o direito à tutela jurisdicional e que não se esgota nela mesma, pois pelo seu próprio caráter possui uma *vis* expansiva que repercute em outros direitos de cunho processual [...]. O direito à efetividade das resoluções judiciais garante

³³³ ESPANHA - Tribunal Constitucional Espanhol. **Sentença n. 163/1998**. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/320>>. Acesso em: 18 dez. 2012. Ver, aliás, PICÓ I JUNOY, op. cit., p. 76. Tradução livre: Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el art. 24.1 de la Constitución Española, comprende el derecho de que las sentencias sean ejecutadas en sus propios términos pues si eso la tutela de los derechos e intereses legítimos de los que obtuvieron una resolución favorable no serían efectivas, sino, quedarían en declaraciones de intenciones y de reconocimiento de derechos sin alcance práctico, siendo que los tribunales deben velar por el cumplimiento como expresamente se declara en el art. 117.3 de la Constitución Española. De tal forma, el juez que deja de ejecutar sus decisiones o no hace cumplir aquello que sentenció o manda a cumplir defectuosamente, no reconoce el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

³³⁴ ITÁLIA - **Sentença da Corte Costituzionale Italiana de 8 set. 1995**. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionali.it/>>. Acesso em: 18 dez. 2012. Tradução livre: Deve se capire come connotazione intrínseca alla propria funzione giurisdizionale non soltanto la esigenza di credibilità unita al suo esercizio, ma prima, il potere di imporre coativamente il rispetto all'ordine nella sentenza del giudice e, ottenere il risultato pratico, riconoscendo il giusto e necessario esercizio del giudice.

que o decidido na sentença seja observado e que a parte que obteve a outorga de tutela jurisdiccional do direito, através da sentença seja cumprida³³⁵.

Embora a definição da Corte Constitucional peruana pareça-nos mais atrativa e rica em termos doutrinários, a verdade deve ser dita: no Peru e especificamente no Código Processual Civil inexistente regra executiva aberta que possa fornecer uma tutela efetiva aos direitos não patrimoniais. Isto é, no diploma processual não existe concretização do direito fundamental à tutela jurisdiccional efetiva. Assim, o direito fundamental à tutela jurisdiccional efetiva no Peru descansa no art. I do Título Preliminar do Código Processual Civil, dispositivo que indica: “Art. I.- Toda pessoa tem direito à tutela jurisdiccional efetiva para o exercício da defesa dos seus direitos ou interesses, sujeito a um devido processo”.

Parece que o legislador infraconstitucional esqueceu-se de expandir o qualificativo de *efetividade* no ato de positivar o reconhecimento da tutela jurisdiccional efetiva como linha fundamental do sistema processual peruano. Não incorremos em exagero ao afirmar que a concretização deste direito fundamental nos foi outorgado somente por meio da doutrina e jurisprudência. Mesmo assim permanece intacto até o momento se no sistema processual peruano não existe regra executiva aberta que permita uma tutela adequada aos direitos não patrimoniais que são tutelados, neste caso, pelas sentenças que ordenem um fazer ou um não fazer³³⁶.

Impossível, então, citar algum artigo que trate sobre imposição de multas ou intervenção de terceiros ou, pior ainda, de utilização de medidas necessárias para a

³³⁵ PERU - Tribunal Constitucional. **Sentença 1912-2011-AA/TC**. Disponível em: <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01912-2011-PA.html>. Acesso em: 18 dez 2012. Tradução livre: El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales es una de las expresiones de la tutela procesal efectiva. Así, el tercer párrafo del art. 4° del Código Procesal Constitucional peruano expresa: “se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respeten de modo enunciativo, sus derechos a la actuación adecuada y tempestiva de las resoluciones judiciales”. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional entiende que el derecho a la ejecución de las resoluciones constituye parte inapartable de la exigencia de efectividad de la tutela jurisdiccional. En efecto, en las sentencias 0015-2001 AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 0004-2002-AI/TC, el Tribunal ha establecido que “el derecho a la ejecución de las resoluciones jurisdiccionales es una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional y que no se agota en ella misma, pues por su propio carácter posee una *vis* expansiva que repercute en otros derechos de cuño procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en la sentencia sea observado y que la parte que obtuvo el otorgamiento de la tutela jurisdiccional del derecho, a través de la sentencia, sea cumplida.

³³⁶ Não obstante, existindo mandato constitucional de assegurar a tutela jurisdiccional efetiva no art. 139, inc. 3°, em que se lê: *são princípios e direitos da função jurisdiccional: 3) a observância do devido processo e a tutela jurisdiccional*.

proteção específica dos direitos em sede jurisdicional. Sem embargo, já mostramos no decurso da segunda parte do capítulo que a nossa principal contribuição é a introdução de uma regra executiva geral, pois sem tal dispositivo, configura-se impossível poder cumprir com uma tutela jurisdicional efetiva. Isto é, se existem direitos que não toleram uma tutela ressarcitória ou por equivalente, é lógico que também não tolerarão meios executivos que nada tenham a ver com o resultado prático, ou seja, um resultado totalmente diferente à pecúnia. Com efeito, se a tutela jurisdicional deve implementar medidas executivas para o direito material ser adequadamente tutelado, então a concretização deste direito à tutela jurídica passa por dar ao juiz maiores poderes de execução e entregar às partes medidas executivas que possam ser utilizadas com o intuito de obter o bem da vida requerido. Lamentavelmente, a normatividade processual peruana permite um hiato entre a natureza do direito material e sua forma de realização pelo grosseiro motivo de inexistirem regras executivas adequadas às singularidades do direito material³³⁷. Marinoni já anunciou que “estas regras decorrem da aceitação da ideia de que a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional dos direitos”³³⁸. Assim, acrescenta o professor paranaense que a introdução de uma norma executiva aberta evidencia uma superação do princípio de tipicidade, deixando claro que, para o processo tutelar de forma efetiva as várias situações de direito substancial, são indispensáveis não apenas procedimentos e sentenças diferenciadas, mas também que o autor e o juiz tenham amplo poder para requerer e determinar a modalidade executiva adequada ao caso concreto³³⁹.

Se quisermos introduzir no processo civil peruano uma cláusula processual aberta manifestada em uma regra executiva geral, não é suficiente comunicar à

³³⁷ Antes da introdução do art. 614 *bis* do Codice di Procedura Civile, artigo que contém atualmente a previsão de medidas coercitivas indiretas no processo civil italiano, Chiarloni retratava funestamente a inexistência desse tipo de regras, afirmando que “a técnica de atuação do direito sofre no nosso país de uma grave inadequação, queira sob o perfil da falta de um sistema de medidas coercitivas ou de execução indireta e queira sob o perfil de uma insuficiente extensão do sistema clássico de execução por subrogação sobre a qual, além da insuficiência de regulamentação, existe uma tendência tradicional de interpretar restritivamente as normas existentes, sobretudo em matéria de execução das obrigações de fazer e de não fazer”. Cf. CHIARLONI, 1995, op. cit., p. 33. Ver também, CHIARLONI, Sergio. *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. v. I. Napoli: Jovene, 1989. p. 183.

³³⁸ MARINONI, 2012a, p. 121.

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. III. Execução. 3. ed. Sao Paulo: RT, 2011d. p. 52.

comunidade jurídica, ao legislador e ao juiz que isso tudo decorre da necessidade de fornecer efetividade à tutela prestada. Na verdade, é imprescindível pensar que na extensão do poder do juiz repousa o segredo da adaptação do processo às necessidades sociais³⁴⁰, pois, caso contrário, reconheceríamos a inércia do juiz e a total inutilidade de uma legislação processual para os consumidores de justiça que menos recursos têm.

4.5.3 ‘Medidas de execução indireta’ na legislação processual civil peruana

Neste ponto, é visível a estreita relação entre a tutela jurisdicional adjetivada pela efetividade e o impacto e efeito das regras executivas abertas no intuito de fornecer uma tutela adequada ao direito material. Mesmo que isso seja um novo patamar atingido especialmente no direito brasileiro quase vinte anos atrás, tendo superado inclusive o clássico modelo processual italiano, devemos revelar que o legislador peruano privou o juiz de um grande poder de adequação da tutela jurisdicional ao direito material.

No Código Processual Civil peruano de 1993 existe regra que faculta ao juiz impor uma multa desde que verificada uma desobediência a uma ordem nitidamente processual, isto é, de dever de conduta *intraprocesso*. Ou seja, existe sanção para a patologia *contempt of court*, mas totalmente descaracterizada do seu principal escopo, qual seja, a imposição de uma multa pelo atraso ou recalcitrância na ordem contida na sentença que ordena um fazer ou não fazer. Em verdade, o legislador peruano de 1993 introduziu uma faculdade coercitiva de condutas dentro do processo, alocando esse dispositivo normativo no capítulo referente às faculdades corretivas do juiz dentro do processo e, por isso aquela multa imposta na verificação de conduta de desrespeito a qualquer ordem judicial, não contempla regulamentação adicional – nem por acaso – para poder tirar dela uma interpretação que também nos leve a cogitar que, em verdade, trata-se de uma medida executiva indireta. Tal panorama parece evidenciar total carência de sensibilidade do legislador, pois preferiu outorgar ao juiz técnicas corretivas dentro do processo e não procurou lhe dar uma latitude de poder para efetivar suas próprias decisões.

³⁴⁰ DENTI, Vittorio. **Processo civile e giustizia sociale**. Milano: Edizioni di Comunità, 1971. p. 14.

Por isso, cabe-nos perguntar se em verdade o direito peruano conta com um sistema processual efetivo e capaz de induzir o réu a cumprir a ordem jurisdicional. A resposta é simples: i) o sistema de tutela jurisdicional dos direitos é deficiente; e, ii) os juízes não têm consciência do poder que eles possuem³⁴¹. Simons elenca as premissas anteriores como motivos de inexistência de regra processual executiva aberta que permita a introdução de meios executivos *não casuísticos* e sim *numerus apertus*³⁴².

Antes de prosseguir, vejamos a literalidade dos dispositivos normativos que importam essas medidas compulsórias reguladas no direito processual peruano:

Art. 52.- Faculdades disciplinares do juiz.

Para conversar a conduta processual e respeito à atividade jurisdicional, os juízes devem:

1- Ordenar que sejam suprimidas as frases, palavras ou redações em termos ofensivos.

2- Expulsar das diligências a quem altere o desenvolvimento delas. Se for uma das partes que produz a indisciplina, impor-se-ão as sanções respectivas.

3- Aplicar as sanções disciplinares que este Código e outras normas estabeleçam.

Art. 53.- Faculdades coercitivas do juiz.

Tendo em vista a finalidade perseguida e procurada no artigo 52, o juiz pode:

³⁴¹ SIMONS, Adrián. El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales. **Civil Procedure Review**. N. 1/2012. Brasil. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 26 nov. 2012.

³⁴² Importante indicar que o professor peruano aponta que existem medidas compulsórias voltadas a ordenar ao réu a um fazer ou não fazer. Essas medidas, contudo, devem encaixar-se no gênero de medidas compulsórias *extraprocessuais*, as que são aplicadas quando: i) existe desobediência das obrigações de fazer; ii) existe desobediência das obrigações de não fazer contidas na sentença e, iii) verifica-se o não cumprimento de obrigações com prestações de dar coisa certa. Destarte, o professor alega a existência de medidas compulsórias intraprocessuais as que têm por finalidade corrigir por meio de multas pecuniárias a indisciplina das partes, levando-nos a um âmbito de correição de falta contra o dever de boa fé e colaboração das partes. Não obstante isso, devemos esmiuçar ou especificar esta classificação, comunicando ao professor limenho que em verdade convém referirmos às medidas compulsórias extraprocessuais como medidas executivas indiretas pois atacam à vontade do recalcitrante e não o patrimônio, deixando claro que são as medidas mais importantes no que tange ao cumprimento da sentença. Cultuar a importância de medidas compulsórias intraprocessuais, seria reprimir condutas contra o processo e não necessariamente contra a tutela outorgada pelo juiz, em caso de inobservância. Daí a importância das segundas em relação às primeiras e a necessidade de deixar em claro que sob nenhuma circunstância, nem por analogia e menos por interpretação, as medidas compulsórias intraprocessuais podem ser utilizadas como astreintes. Chiarlóni é claro ao sugerir que não só por uma questão metodológica, mas também porque induz o estudioso à compreensão global do fenômeno que devemos colocar sobre um mesmo plano as medidas coercitivas e as medidas de execução, as primeiras visando obrigar ao réu impactando na sua vontade e as segundas, impactando sobre o patrimônio. Portanto, o gênero medidas compulsórias não pode ser uma desculpa para utilizar e até converter em fungíveis as medidas compulsórias *intraprocessuais* com aquelas *extraprocessuais*. Cf. CHIARLONI, Sergio. **Medidas coercitivas y tutela de los derechos**. Trad. Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra Editores, 2005. p. 32.

Impor multa compulsiva e progressiva destinada para que a parte cumpra os mandatos segundo a decisão do juiz.

Ordenar a prisão até por vinte e quatro horas a quem resista ao mandado sem justificação, produzindo dano à parte ou ao mandato do juiz.

[...]

As sanções serão aplicadas sem prejuízo de cumprir o mandado do juiz³⁴³.

Ora, como visto na leitura dos dois únicos artigos que regulam as faculdades corretivas e disciplinares do juiz, essas medidas nada têm a ver com a ordem que o juiz profere para que seja cumprida a sentença e o seu mandado. Em verdade, trata-se de mera tutela contra as atividades que constituam empecilho para o normal desenvolvimento do procedimento, deixando sem verdadeira tutela jurisdicional aos direitos que são reconhecidos na sentença e que, por falta de normatividade, não encontram realização no mundo dos fatos. Em verdade, este instituto equipara-se ao art. 14º do CPC Brasileiro de 1973, dispositivo que regula os deveres das partes e de todos os partícipes no processo, texto normativo que, cotejado com o art. 18º do diploma processual de 1973, entende-se que o juiz a pedido de parte ou *ex officio* poderá impor multa a quem exercer a litigância de má-fé, multa que está contida na seção II referente à responsabilidade das partes por *dano processual*. Sob essa óptica, parece ingênuo acreditar que – no caso peruano – por falta de regra executiva aberta, o juiz pode utilizar as medidas disciplinares destinadas a corrigir faltas na devida conduta processual, sem lembrar que existe uma variedade de *contempts of court*³⁴⁴ e suas inerentes sanções ou multas impostas pelo juiz.

Em sentido contrário, Zela Villegas compreende que as medidas compulsórias peruanas estabelecidas no art. 53º do CPC de 1993 servem para reprimir a desobediência *intraprocessual* e não como mecanismo de atuação de sentenças. Adiciona esse pesquisador peruano que não seria necessária uma reforma legislativa para que o juiz civil pudesse fazer cumprir seus mandados, isto é, bastam com as medidas disciplinares estipuladas no art. 53, pois, com outra interpretação, este dispositivo compulsório *intraprocessual* também serviria para efetivar as sentenças, projetando-se desnecessária alguma inovação legislativa para inaugurar um sistema de regras executivas abertas³⁴⁵. O contexto resulta propício

³⁴³ PERU - **Código Procesal Civil del Perú de 1993**. Disponível em: <<http://www.iberred.org/pt/node/195>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

³⁴⁴ Nesse sentido, v. AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 36.

³⁴⁵ ZELA, Aldo. **La tutela preventiva de los derechos**. Lima: Palestra Editores, 2008. p. 206. Do mesmo entendimento, SIMONS, op. cit., p. 321. Contudo, queremos advertir que, no Código Processual Constitucional peruano do ano 2005, existe a inserção de medidas de coerção no art. 22.

para o doutrinador peruano se equivocar ao indicar que o CPC Peruano já regulamentou as medidas compulsórias genéricas no art. 53º, podem ser extraídos fundamentos que nos levem a cogitar que o juiz pode aplicar multas precipuamente legisladas para sancionar indisciplinas processuais e não como medidas coercitivas indiretas *extraprocessuais*. Semelhante interpretação contraria a própria natureza da medida coercitiva e, pior ainda, coloca o intérprete pátrio em equívoco ao querer utilizar um instrumento concebido em uma etapa ideológica processual contrária a uma regulamentação aberta em termos de medidas de execução³⁴⁶. Esse fato revela o seguinte: o legislador e doutrinador peruano não acreditam numa mudança legislativa que traga uma quebra de paradigmas e, portanto, uma nova ideologia. Muito pelo contrário, tem um fetiche com a reciclagem de interpretações para utilizar qualquer regra processual que, interpretada e nunca modificada legislativamente, permita fazer frente a qualquer mudança social ou inclusive a um novo modelo ideológico estruturante de um código de processo civil.

Convenhamos, devemos raciocinar em termos de medidas coercitivas, de execução indireta o de coação ao cumprimento para agrupar uma série de fenômenos fundados sobre a necessidade de outorgar ação ao aparato coercitivo do Estado, uma vez que sejam verificadas inobservâncias ao cumprimento de uma obrigação consagrada na sentença civil³⁴⁷. Daí que resulte incompreensível querer importar medidas que foram criadas para regular e sancionar condutas intraprocessuais a situações de fato em que seja procurada a efetividade da tutela. Se quisermos falar em termos de direito comparado, existem medidas coercitivas típicas ou atípicas que possibilitam a outorga de uma tutela específica, exatamente porque as medidas de coerção respeitam a particularidade do direito material levado

Lamentavelmente, este diploma processual cinge-se unicamente às ações constitucionais, não sendo possível importá-las ao processo civil por princípio de especificidade e porque tais medidas coercitivas foram idealizadas para o processo urgente de amparo – isto é, um análogo ao mandado de segurança –.

³⁴⁶ Para uma afirmação de que o modelo processual civil peruano ainda descansa sob o influxo 'cientificista', ver MONROY GÁLVEZ, Juan; CAIRO, Omar. Informe Nacional: Cuestionario general. **Civil Procedure Review**, Rio de Janeiro, v. 1-2011. Ademais, importante identificar que, em verdade, os sistemas processuais continentais têm nítidos traços da etapa metodologia científica, pois, como é evidente, gozam da distribuição clássica de: i) um livro referido ao processo de conhecimento e demais processos especiais; ii) outro livro referido à tutela cautelar e, iii) o livro referido à execução do decidido ou dos títulos de execução. Esta distribuição, logicamente, leva-nos a pensar que ainda persiste a *nulla executio sine titulo*, o que coloca em risco qualquer tentativa de introduzir a sentença mandamental seguida de uma ordem imediata de observância do decidido, junto com a medida coercitiva a ser efetivada, caso se verificasse o inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer. Ver ao respeito, MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do código Buzaid. **RePro**, São Paulo: RT, v. 183, 2010.

³⁴⁷ CHIARLONI, op. cit., p. 27.

ao processo³⁴⁸. Assim, afigura-se como uma total inversão do método aludir que as multas intraprocessuais do art. 53 podem ser utilizadas como medidas de execução indireta. Se isto for verdade, quais os motivos para que no CPC Brasileiro de 1973, bem como no projeto de reforma tenham sido mantidas as regras executivas abertas e medidas necessárias para a tutela jurisdicional específicas e conservadas as

³⁴⁸ Ganha importância esclarecer o tratamento das medidas coercitivas no direito comparado. Assim, as *astreintes* francesas condenam ao devedor de uma obrigação resultante de uma sentença a pagar soma de dinheiro que pode ser incrementada ate proporções elevadíssimas visando o cumprimento do comando na sentença que leva no seu bojo uma ordem de fazer ou não fazer. Com as *astreintes* o que tem motivado o legislador francês foi tocar a carteira do obrigado para intimidá-lo e que pudesse, dessa forma, cumprir o mandato contido na sentença mandamental. Devemos salientar que o que quer se atingir com o uso desta técnica é o cumprimento voluntário do devedor mediante a coerção por dissuasão evitando ter que recorrer aos meios substitutivos ou de execução forçosa. Cf. PERROT, Roger. La coercizione per dissuasione nel diritto francese. **Rivista di diritto processuale**. Milano: CEDAM, 1996. Aspecto relevante é que o destino da multa importa um benefício não ao Estado, mas ao credor que vê a sua obrigação ainda não realizada pelo devedor. Pois bem, no sistema alemão os institutos de execução indireta são regulados a raiz de uma específica classificação tipológica das obrigações que, tendo a vista suas especificidades correspondem-lhes certo tipo de instrumento executivo, isto é, existe total identificação da obrigação a ser prestada e exigida e as medidas executivas ou meios de execução que visem ao cumprimento por conta do réu recalcitrante. O aspecto peculiar da *Zwangsstrafen*, como está regulado no ZPO de 1877, reside na marcante coloração publicística do instituto cuja função é identificada como exigência do respeito do prestígio e autoridade da decisão jurisdicional. A pecúnia resultante da multa destina-se ao Estado. Nos domínios do *common law*, dentro do ordenamento processual britânico, existe o *contempt of court* – desobediência à corte. A sua aplicação implica que a conduta sancionada com multas também pode ser sancionada com penas privativas da liberdade e não somente pecuniárias. Esse modelo corresponde aos juízos de *equity*. O trânsito é como segue: o autor pede tutela jurídica de um direito, seja patrimonial ou extrapatrimonial através da *specific performance* ou da *injunction*, respectivamente. Logo, se o ressarcimento pelo equivalente resulta insuficiente e caso inexistir uma vontade de cumprimento do devedor, o credor pede ao juiz declarar o réu de culpável pelo desprezo à corte – *contempt*. O prejuízo consiste na desobediência ao comando emitido na sentença e a pena pecuniária contra o devedor pode consistir em medida de coerção indireta por meio da multa ou prisão civil. Recentemente no direito processual civil italiano - sistema conhecido por antes do ano 2009 não contemplar medidas coercitivas que visaram à tutela jurisdicional específica de prestações de fazer e não fazer – foi introduzida através da Lei do 18 de junho de 2009, o art. 614-bis, dispositivo que finalmente permite ao juiz italiano poder impor multa pelo retardo ou inobservância do comando emitido na sentença condenatória. O dispositivo indica que com a sentença de condena o juiz pode fixar sob requerimento da parte, soma de dinheiro devida ao obrigado pelo atraso ou desobediência à obrigação emitida na sentença de condena, como repetimos, seja por violação – inobservância total – ou por atraso. Antes da inserção deste dispositivo na legislação processual civil italiana, tanto a doutrina, jurisprudência e legislação tinham se mostrado contrárias perante qualquer tentativa de vulnerar a autonomia e liberdade do devedor e para que as prestações de fazer ou não fazer, não impactassem na sua esfera jurídica extrapatrimonial, isto é, sua vontade. Acreditamos, junto com TRAPUZZANO, que o legislador italiano tem finalizado, por fim, o grosseiro vazio existente na legislação italiana no que tange ao tema da introdução de medidas coercitivas. Para a experiência comparada ver TRAPUZZANO, op. cit., 2012. p. 27-34 e, CAPPONI, Bruno. **Manuale di diritto dell'esecuzione civile**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2012. p. 27. Registre-se, adicionalmente, a preocupação de Tarzia já no ano 1981 ao advogar pela residualidade de um sistema de medidas coercitivas dado que é preferível utilizar meios de subrogação ou mesmo execução direta sobre o patrimônio. Cf. TARZIA, Giuseppe. Presente e futuro delle misure coercitive civile. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, 1981. p. 802. Tal tese do processualista milanês é rebatida por Proto Pisani ao indicar que inclusive o uso das medidas de execução que afetem diretamente o patrimônio revela-se como técnica inadequada ou inapta para tutelar outro tipo de direitos. Cf. PROTO PISANI, Andrea. L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna. **Rivista di diritto processuale**. Milano: CEDAM, v. XXX, 1975, p. 620,ss.

multas contra os atos atentatórios ao procedimento? E ademais esclareça-se o seguinte: se os sistemas processuais mais avançados também contêm regras que facultem ao juiz impor multas contra atos atentatórios à autoridade do juiz e do procedimento, por que introduziram já há muitíssimo tempo regras que veiculem uma execução específica das prestações por meio de medidas coercitivas indiretas? Somos contrários aos fundamentos tecidos na doutrina processual civilista peruana, fundamentos que levam a pensar em medidas compulsórias *intraprocesso* como medidas de coerção para a execução específica das prestações contidas na sentença. Há uma singela razão para derruir tal entendimento: *não existem astreintes endoprocessuais*³⁴⁹, pois a natureza da multa estabelecida no ordenamento processual peruano é uma multa voltada à tutela da conduta processual como observância de disciplina dentro do processo. A espécie de técnica de execução chamada de medida coercitiva permite a efetividade da tutela prestada ao direito material.

A reforma do Código Processual Civil peruano de 1993, no que tange ao tema da introdução de regras executivas abertas, deve ser proposta no menor tempo possível. Como retratado acima, existe uma série de elementos e reclamações jurídico - sociais que dão forma ao *cahier des doléances* que vem inexoravelmente atrelado a qualquer discurso sobre efetividade da tutela jurisdicional. Se por efetividade devemos entender a aptidão de um instrumento para realizar os fins e produzir efeitos na realidade tangível da vida, devemos afirmar que qualquer discussão séria acerca do assunto deve ser precedida por uma tomada de consciência a respeito das finalidades do processo como instrumento de satisfação de direitos e interesses³⁵⁰.

E ainda mais, se estamos cientes de que a tutela dos direitos é o tema que envolve maiúscula importância tanto no campo processual como no âmbito material, decorre natural asseverar a principal técnica de atuação dos direitos é caracterizada

³⁴⁹ É d tal parecer no direito processual peruano, ARIANO, Eugenia. ¿Una *astreinte* endoprocésal? In: _____. **Problemas del proceso civil**. Lima: Jurista Editores, 2003. p. 394.

³⁵⁰ É relevante a lição de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: _____. **Temas de direito processual**. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27. Advirta-se que no quarto capítulo da tese visitaremos os modelos estatais teóricos e seu impacto sobre uma reconfiguração dos tipos de sistemas processuais inerentes a cada modelo de estado proposto. Assim, veremos que por meio da ação inibitória, como resposta à necessidade de prevenção ou remoção do ato contrário ao direito, o juiz poderá se despir de qualquer roupagem de mero burocrata para prestigiar seu verdadeiro papel de agente de poder, inclusive, político. Será pelo do uso das *injunctions* que o juiz mudará por completo sua função e a finalidade do processo civil.

pelo uso da coerção³⁵¹ por ser ideal e até platônica a composição voluntária do conflito a cargo do devedor recalcitrante. Não pode se esquecer que o direito à tutela jurisdicional não se esgota na mera participação neutra do jurisdicionado visando obter uma sentença. Em verdade, a efetividade da tutela deve permitir ao juiz dispor dos instrumentos e poderes para possibilitar que o interessado goze do bem da vida que o ordenamento tem reconhecido, reservado e prometido tutelar³⁵². Só assim, reconhecendo a interdependência entre direito material e processo³⁵³ teremos uma nova visão sobre o que é e o que significa adjetivar de *efetiva*³⁵⁴ a tutela jurisdicional³⁵⁵, isto é, torná-la realidade e não a deixar repousar na utopia.

³⁵¹ DI MAJO, 1989, op. cit., p. 31. Já em 1984, dez anos antes da reforma do CPC brasileiro de 1973 que instituiu o art. 461º, Barbosa Moreira já exigia o eventual reforço de medidas coercitivas com o fim de dobrar mais facilmente a resistência do vencido e induzi-lo a cumprir a sentença. Cf. BARBOSA MOREIRA, 1984, op. cit., p. 40.

³⁵² SICA, Marco. **Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti di urgenza**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 6.

³⁵³ PROTO PISANI, 2010, op. cit., p. 5.

³⁵⁴ Talvez seja necessário pacificar a noção do que entendemos por efetividade. Numa belíssima monografia sobre o conceito jurídico de efetividade, Natalino Irti tem esclarecido o tema atingindo um patamar que por vezes, o jurista esquece, isto é, a definição de temas jurídicos, quase sempre, passa por averiguar o significado que tem na realidade, na linguística, pois a realidade, certamente, emprestará definições ao direito para que só após isso possa ser construída uma definição jurídica. Assim, Irti indica que efetividade implica a *ocorrência dos fatos*, diferenciando-se da eficácia, que é a capacidade de produzir alguma coisa, algum efeito e da eficiência, que é a medida do resultado obtido segundo os meios utilizados para atingir tal fim. Contudo, efetividade conserva um matiz inconfundível; designa, quase sempre, o acontecer histórico dos fatos, os fatos desejados e anelados pelo homem. Acrescenta o jurista italiano que o direito é objetivo porque é uma entidade, um corpo social que existe no mundo jurídico, uma existência efetiva, concreta, objetiva. O adjetivo efetivo é nota dominante no ordenamento jurídico. Por isso, se a norma vem, é posterior a qualquer verificação na realidade de que o que a norma reconhecerá já existe. Essa lição é importantíssima, pois se queremos atribuir de efetividade à tutela jurisdicional, é lógico que esta tutela prestada pelo Estado-juiz deverá respeitar integralmente algo que já existe, isto é, o direito material, que também preexiste a sua regulamentação ou codificação. Assim, se a autotutela é prosrita, e se é através da jurisdição são tutelados juridicamente os direitos, é notório que a tutela jurisdicional deve respeitar essa realidade, esse bem da vida que o jurisdicionado fruiria se não tivesse mediado crise de cooperação ou vulneração do direito. Se nos questionarmos sobre as formas de realizar essa efetividade, resulta claro que a simples sentença que reconheça ou declare um direito e não o atue especificamente, será um ato contrário à própria realidade, será um desconhecimento do ordenamento jurídico em sua totalidade. Cf. IRTI, 2009, op. cit.

³⁵⁵ Segundo Sandulli, o princípio de efetividade que matiza a tutela jurisdicional constitui um aspecto do mais abrangente perfil da efetividade do ordenamento jurídico, pois é a efetividade que outorga o valor de tangível a este ordenamento. Lembrando Irti, o ordenamento jurídico, então, é objetivo porque existe, porque a efetividade e todos os meios à disposição para desdobrar os efeitos do direito – neste caso, tutela jurisdicional – respeitam e materializam uma realidade tangível. Cf. SANDULLI, Aldo. **Manuale di diritto amministrativo**. v. I. Napoli: Jovene, 1989. p. 6.

5 CONCLUSÕES

À guisa de conclusão, passa-se a elencar os argumentos que deverão ser extraídos e tomados como orientação para a introdução a um estudo renovado da tutela inibitória. Com o propósito de seguir o delineamento dado à análise, tais argumentos estão agrupados de acordo com os respectivos capítulos.

O estudo do binômio processo e Constituição não pode ser mais considerado como aquela sinonímia de direitos fundamentais processuais como garantias, isto é, como entidades desprovidas de eficácia ou nenhuma aplicabilidade, tanto para o legislador quanto para o juiz.

Igualmente, comprovou-se que a homologação de direitos fundamentais processuais com garantias, levou a dogmática a entender que tais categorias funcionariam como imposições de não fazer ou de se abster de realizar alguma conduta em prol do consumidor de justiça quando, em verdade, é no processo civil que o jurisdicionado reclama e tem uma legítima expectativa de condutas positivas do Estado.

Com o intuito de tratar da eficácia dos direitos fundamentais processuais, visitaram-se criticamente as teorias que desenharam a Constituição como documento isento de aplicabilidade ou de eficácia. Com esse protagonismo emergiu unicamente no Estado de Direito Liberal e positivista, cenário em que a lei se sobrepunha à Constituição, foi confirmado que o novo modelo estatal, isto é, o Estado Constitucional e Social, reconhece a plena eficácia de todas as normas constitucionais, sejam estas definidoras de direitos fundamentais, normas de organização e participação e, inclusive, normas nitidamente programáticas. No entanto, para uma melhor compreensão deste fenômeno, decidiu-se medir a eficácia dessas normas sob a lente da densidade normativa ou também, como temos proposto, no nível de casuística residente em cada norma constitucional.

Com tal premissa, reconheceu-se a importância de os direitos fundamentais processuais serem abraçados pela teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais para exigir do Estado, incumbido com a tutela dos direitos, condutas positivas, especificamente condutas voltadas a tutelar normativamente e pré-ordenar técnicas processuais e procedimentos que permitam proteger jurisdicionalmente os direitos levados ao processo.

Esse novo entendimento obriga ao juiz, como sujeito onerado com o dever de tutela dos direitos, a deflagrar o seu poder de concretização deste direito fundamental modelando o procedimento e as técnicas existentes e ainda mais, substituindo a omissão legislativa no tocante à pré-ordenação destas técnicas e procedimentos. Dessa forma, concluiu-se que a omissão legislativa referente à instituição de regras processuais não pode significar ou legitimar o silêncio e inércia do juiz.

Nessa seara, foi problematizado no direito peruano o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é tratado com reticência de uma teoria conflitualista, uma vez que este direito fundamental continua a se apresentar como direito à resolução de um conflito intersubjetivo de interesses. Pelo contrário, a leitura constitucional deste direito fundamental exige entendê-lo como direito fundamental de todo sujeito de direito à proteção e cuidado dos direitos fundamentais e materiais mediante técnicas adequadas ao direito material e aos procedimentos simplificados, expeditivos ou tempestivos. Assim, foi salientada a necessidade de passar da cultura conflitualista de marca processual científica ao modelo de tutela dos direitos, caracterizada pela influência constitucional da eficácia dos direitos fundamentais; situação que nos levaria a defender que o direito fundamental à tutela jurisdicional é acompanhado do dever imposto ao juiz de tutelar integralmente os direitos, inclusive inovando onde não existe regra processual ou caso ela impeça a efetividade do direito material levado ao processo.

Em relação ao direito fundamental de ação, afirmou-se tal direito como expressão essencial do ser humano, do consumidor de justiça, que pelo processo pode exigir essa tutela jurisdicional efetiva elevada a categoria fundamental.

Para isso, o direito fundamental de ação não deve ser atrelado à clássica definição de ativar a maquinaria judiciária com o intuito de resolver o conflito de interesses. O esforço impresso no segundo capítulo desnuda a necessidade de entender o direito de ação sob a óptica da ação material, pois se ação material, veiculada pela ação direta, todas estas banidas pelo Estado, importa uma justiça de própria mão, mas coincidente com a realidade e particularidade do direito material, é no direito fundamental de ação, reconhecido pelo Estado, que deve se verificar esta identidade ou especificidade daquilo que poderia ser obtido se a autotutela não estivesse vedada. Daí a necessidade de o direito de ação levar consigo toda técnica

e procedimento para a outorga de um resultado coincidente com aquele que o cidadão poderia exigir paraestatalmente do seu devedor.

Assim, determinou-se que se o juiz chegar à conclusão de que o legislador negou proteção normativa ao direito fundamental, deverá determinar aquele que implica efetiva tutela a esse direito, pois os direitos fundamentais tanto materiais como processuais implicam mandamentos de tutela para o Estado. Ora, nessas situações de falta de regulamentação, requer-se do juiz postura ativa visando dar remédio atípico ao direito fundamental processual carente de regulamentação, isto é, não concretizado. Desse modo, evidenciou-se que esse poder do juiz vem acompanhado das técnicas do *balancing*, e no que tange a regras, as técnicas da idoneidade e da mínima restrição possível à esfera do réu.

Finalmente, pelo respeito ao discurso da tutela dos direitos, investigou-se se no Projeto de Lei do Senado n.º 166/2010, que propõe um novo Código de Processo Civil, foram abraçadas estas teorias, tendo se concluído que na escrita do art. 511 deste Projeto, futuro diploma processual brasileiro, existe inclusão das formas de proteção ou de tutela material dos direitos, significando esta inovação uma permeabilidade das formas de tutela material como compromisso e preocupação de um modelo processual interdependente do direito substancial.

Se o direito fundamental à tutela jurisdicional e o direito de ação comungam com a proteção dos direitos materiais e fundamentais, uma espécie desta tutela jurisdicional umbilicalmente unida com o direito material pode ser encontrada na tutela jurisdicional inibitória.

Esta tutela cuida da intangibilidade ou inviolabilidade dos direitos quer de conteúdo patrimonial, quer de conteúdo extrapatrimonial.

Como é notório, se esta tutela voltada ao cuidado dos direitos não patrimoniais ocupa-se da não conversão em dinheiro e da outorga ao jurisdicionado de algo parecido com o seu verdadeiro direito, consequentemente, estamos ante uma tutela que, pelo seu conteúdo, caracteriza-se por ser específica e, se olharmos para a sua oportunidade, reconhece-se como preventiva ou antecedente à aparição de atividade ilícita que implique a contravenção de um dever de conduta típico (*regras*) ou atípico (*princípios*) imposto pelo Estado.

Ponto nevrálgico do capítulo ora sintetizado é o diagnóstico do modelo processual clássico do Estado Liberal do Direito, matizado pela automatização do juiz produto da mera aplicação da lei, assim como pela inaptidão da estrutura

processual para tutelar direitos não patrimoniais e exigir ao réu um fazer ou não fazer. Observe-se que o paradigma racionalista-iluminista próprio da Revolução Francesa ramificou não só o procedimentalismo francês, mas todos os sistemas influenciados por este, desaguando assim em edições de normas processuais protetoras da incoercibilidade das prestações ou da *nemo ad factum precise cogi potest*.

Superado esse modelo, aparece a necessidade de a tutela jurisdicional inibitória se constitucionalizar. Nesse sentido e voltando ao acima exposto sobre a tutela jurisdicional efetiva, basta que tal direito garanta a resposta da demanda de tutela jurisdicional do cidadão para que o Estado veja-se incumbido em tutelá-lo normativamente por meio de técnicas e procedimentos voltados à proteção jurisdicional contra o ilícito, seja para a sua prevenção, seja para a sua remoção do mundo dos fatos.

Não obstante, e realizando um *tertium comparationis*, identificou-se que tanto na Europa quanto na região latino-americana, encontra-se no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva o fundamento constitucional para a tutela jurisdicional inibitória. Embora tenham sido descritas algumas dificuldades relativas à vagueza da cláusula geral relativa à tutela jurisdicional efetiva contida nas Constituições posteriores à Segunda Grande Guerra, salientou-se a importante inovação trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não só se limitando a amparar o direito fundamental à tutela jurisdicional mas, também, e sobretudo, a instaurar um princípio geral de prevenção como característica própria da função jurisdicional.

É nesse teor que para configurar uma tutela jurisdicional preventiva precisou-se desconstruir a concepção clássica de jurisdição considerada como atividade automata do juiz voltada a aplicar a lei e, no cenário peruano, como poder-dever do Estado destinado a resolver os conflitos intersubjetivos. Pelo contrário, evidenciou-se a necessidade de munir o juiz de poderes que ultrapassassem a fria contemplação da norma ditada pelo legislador para realmente produzir direito e concretizar o direito à tutela jurisdicional efetiva, permitindo a substituição de possíveis inércias legislativas no que tange à definição de regras pensadas para tutelar o ilícito civil.

Vista a tutela jurisdicional inibitória como proteção dos direitos contra o ilícito, definiu-se o ilícito civil como atividade contrária ao direito que, sem considerar

a atualidade ou eventualidade de dano, ganha importância para o sistema jurídico, pois, ao indicar que as atividades contrárias ao direito têm menos importância ou inexistente tutela comparada com a tutela do dano, acarretaria uma grosseira negação à própria característica de intangibilidade que reveste a todos os direitos. Igualmente, afastou-se da técnica da cognição qualquer averiguação em torno do dano, perigo de dano, fator de atribuição (culpa ou dolo) e, em geral, de qualquer elemento inerente ao regime da responsabilidade civil. Finalmente e, divididos os regimes de responsabilidade e ilicitude, reconheceu-se em analogia que o ilícito importa à tutela inibitória como o dano à tutela indenizatória.

Por fim, com o intuito de prover de atualidade ao tratamento da tutela jurisdicional inibitória, verificou-se se algumas técnicas processuais atualmente regulamentadas e passadas pelo crivo da efetividade permitem a efetivação desta tutela ou, se pelo contrário, sacrificam o direito material tutelado jurisdicionalmente. Assim, identificou-se a necessidade de instituir procedimento autônomo e especial caracterizado pela inexistência de técnica cognitiva plena e exauriente por constituir uniformização procedimental dos direitos e, logicamente, por ser uma violência à particularidade do objeto tutelado, isto é, o ilícito. Dessa forma, se o dano exige tempos repousados traduzidos em técnicas cognitivas plenas e atividade probatória completa para a reconstrução dos fatos, todos esses elementos imperantes no procedimento comum resultariam incompatíveis à tentativa de alocar a tutela contra o ilícito no procedimento ordinário. Problemática semelhante é a questão da eficácia *inter partes* que, por via de regra, é eficácia padrão na maioria das ações. Porém, imaginar que a atividade ilícita pode ser praticada exclusivamente pelo réu vencido e devedor de uma conduta de fazer ou não fazer que impeça a prática de ilícito, constitui grande ingenuidade. Tal panorama motivou-nos a propor a possibilidade de o ator, desde que demonstrado o receio de prática de ato ilícito por terceiro com atividade afim àquela do réu, requerer que a sentença produza efeitos *ultra partes* para estes terceiros, respeitado sempre o direito à defesa e o contraditório inerente inclusive aos terceiros integrados ao processo.

Por último, fundamentou-se a necessidade de mitigar o efeito suspensivo da apelação de sentença nas ações inibitórias por constituir indissfarçável risco para a efetivação da ordem contida nesta espécie de sentença. Temperada essa eficácia, abre-se a passagem para preponderar a execução provisória da sentença que

direcione um mandado de fazer ou não fazer destinado a prevenir o ilícito ou remover os seus efeitos plasmados pelo tempo.

O tratamento das cláusulas processuais abertas – especificamente de uma regra executiva aberta – é produto da necessidade de instrumentalizar ou operacionalizar a tutela jurisdicional inibitória para palpar os seus efeitos na realidade graças às medidas executivas abertas e customizadas pelo juiz no ato de outorgar a tutela preventiva.

De tal sorte, a exposição da técnica legislativa filha do Estado Legalista, isto é, da técnica casuística, é acompanhada também por uma crítica a este modelo, quando colocada perante as constantes e variáveis mudanças sociais e, portanto, jurídicas. A utilização da técnica legislativa das cláusulas abertas no processo civil permite ao juiz modelar as regras processuais segundo as particularidades do direito material tutelado constituindo expressão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Igualmente, com o estudo da técnica legislativa casuística e aquela das cláusulas abertas, inaugura-se outra discussão: a metodologia a ser utilizada pelo juiz na manipulação dessas espécies normativas. Foi salientada a necessidade de entender o método *gadameriano* da pré-compreensão e da concreção das cláusulas gerais como atividade que prestigia a capacidade criativa do juiz, facultando-lhe despojar-se da prática mecânica e nada intelectual denominada subsunção.

Analizou-se o Código Processual Civil Peruano de 1993 a fim de verificar se existe ou não regra executiva aberta que permita a tutela jurisdicional específica das obrigações, tal qual regulamentado no art. 461 do Código de Processo Civil de 1973 e nos arts. 511 e 550 da última redação do Projeto de Lei n.º 166/2010. Contudo, regra semelhante no processo civil peruano destaca-se só pela sua ausência, circunstância que motivou a contraposição às tentativas de reciclagem interpretativa existente na dogmática processual peruana, por meio das quais pretende-se, ainda hoje, defender que é possível a aplicação de *astreintes* inclusive não tendo sido regulamentadas com essa finalidade inerente a elas. É por isso que se afigura necessário instituir regra processual definidora de medidas executivas abertas que, além de permitir o uso de multas, forneça um leque de medidas ainda mais idôneas do que seria a multa.

Com o elenco de conclusões trazidas, pretende-se propor uma tríplice abordagem para o estudo, a introdução e a regulamentação da tutela jurisdicional inibitória, análises realizadas com base na *perspectiva constitucional* (Cap. II), na

perspectiva dogmática (Cap. III) e, uma *perspectiva metodológico-funcional* (Cap. IV) que, vistas em conjunto venham a propiciar as reformas legislativas tanto na Constituição do Peru como no Código de Processo Civil, todas estas apresentadas no Apêndice A desta dissertação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 3. ed. México, 1991.

ALEX, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**. New York. Oxford University Press and New York University School of Law, v. III. 2005.

ALLORIO, Enrico. **Problemas de Derecho Procesal**. v. II. Buenos Aires: EJE, 1963.

ALPA, Guido. **Responsabilidad civil y daño**. Lineamientos y cuestiones. Trad. Nélvor Carreteros. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional**. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Editorial Communitas, 2008

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2004.

ARIANO, Eugenia. ¿Una *astreinte* endoprocesal? In: _____. **Problemas del proceso civil**. Lima: Jurista Editores, 2003.

ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza ex. art. 700 C.P.C.** Padova: CEDAM, 1985.

ARROYO, Cesar Landa. **Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Lima: Palestra Editores, 2010.

ASTONE, Antonino. **L'autonoma rilevanza dell'atto illecito**. Milano: Giuffrè, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

BAIOCCO, Elton. O Controle de Inconstitucionalidade por omissão e a teoria dos precedentes obrigatórios. In: MARINONI Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador. JusPodium Editora, 2012.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdicción y ejecución en la tradición romano-canónica**. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra Editores, 2005.
 BARBERIS, Mauro. **Manuale di filosofia del diritto**. Torino: Giappichelli, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela pretentiva. In: _____. **Temas de Processo Civil**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1978.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: _____. **Temas de direito processual**. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. **El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho**. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

BASTOS SANTOS NETO, Arnaldo. Para reler Kelsen. **Jurisdição e Processo**. v. I, Curitiba: Jurua Editora, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efectividad del proceso y técnica procesal**. Trad. Juan José Monroy Palacios e Christian Delgado Suárez. Lima: Editorial Communitas, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENUCCI, Eduardo Bonassi. Atto illecito e concorrenza sleale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, 1957.

BETTI, Emilio. **Di una teoria generale della interpretazione**. Il problema dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. Milano: Giuffrè, 1966.

BIAVATI, Paolo. I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. v. 3, 2002.

BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BRASIL - Presidência da República. **Lei n. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL - Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL - Presidência da República. **Projeto de Lei do Senado n. 166/2010.** Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BUSTAMANTE, Reynaldo Alarcón. **Derechos fundamentales y proceso justo.** Lima: ARA, 2001.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas.** Salvador: JusPodium Editora, 2013.

CAENEGEM, Raoul Van. **I sistemi giuridici europei.** Bologna: Il Mulino, 2002.

CALABRESI, Guido. **El coste de los accidentes.** Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Barcelona: Ariel, 1984.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil.** Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1961.

CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.** Lima: ARA Editores, 2005.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.** Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **El control judicial de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado.** Trad. de Cipriano Gómez Lara y Hector Fix-Zamudio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideologías, Sociedad.** Buenos Aires: EJE, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: _____. **Proceso, Ideologías, Sociedad.** Buenos Aires: EJE, 1974b.

CAPPELLETTI, Mauro. Ideologías en el derecho procesal. In: _____. **Proceso, Ideologías, Sociedad.** Buenos Aires: EJE, 1974c.

CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee.** Bologna: Il Mulino, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **¿Jueces legisladores?** Lima: Communitas, 2010.

CAPPONI, Bruno. **Manuale di diritto dell'esecuzione civile**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2012.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. v. IV. Padova: CEDAM, 1931.

CARPI, Federico. **La provvisoria esecutorietà della sentenza**. Milano: Giuffrè, 1979.

CARPI, Federico. **La eficacia *ultra partes* de la sentencia civil**. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra, 2007.

CASTELLANI, Sabrina Auer. **As cláusulas gerais no processo civil e sua interpretação em conformidade com os direitos fundamentais**. Monografia (TCC da Faculdade de Direito da UFPR). Universidade Federal do Paraná, 2009.

CASTRONOVATO, Carlo. L'avventura delle clausole generali. **Revista Critica del Diritto Privato**. Napoli: Jovene Editore, v. 1, 1986.

CECCHERINI, Grazia. **Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1989.

CECCHERINI, Grazia. Risarcimento in forma specifica e diritti della persona: una nuova forma di tutela? **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli: Jovene, v. II, 1993.

CHIANALE, Angelo. **Diritto soggettivo e tutela in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1993.

CHIARLONI, Sergio. *Ars distinguendi* e tecniche di attuazione dei diritti. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. v. I. Napoli: Jovene, 1989.

CHIARLONI, Sergio. **Introduzione allo studio del diritto processuale civile**. Turin: Giappichelli, 1975.

CHIARLONI, Sergio. Su taluni aspetti processuali del risarcimento del danno per lesione dei diritti della personalità. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, v. IV, 1995. p. 1177-1178.

CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, v. I, 2002.

CHIARLONI, Sergio. **Medidas coercitivas y tutela de los derechos**. Trad. Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra Editores, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **L'azione nel sistema dei diritti**. Saggi di diritto processuale civile. v. I. Milano: Giuffrè, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. II. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de Derecho Procesal**. v. I. Buenos Aires: EJE, 1970.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1989.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon law series, 1977.

DELGADO SUÁREZ, Christian. Aproximação preliminar aos precedentes constitucionais no Peru. **RePro**, São Paulo, n. 205, ano 37, 2011.

DELGADO SUÁREZ, Christian. Os precedentes constitucionais no Peru. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.) **A força dos precedentes**. 2. ed.. Salvador: Ed. JusPodium, 2012.

DENTI, Vittorio. **Processo civile e giustizia sociale**. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.

DENTI, Vittorio. Intervento. **La tutela d'urgenza**. Atti del XV Convegno Nazionale. Bari 4-5 ottobre. Rimini: Maggioli, 1985.

DENTI, Vittorio. **La giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 1989.

DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos del Principio de Cooperación en el Derecho Procesal Civil Português**. Trad. Christian Delgado Suárez. Lima: Communitas, 2010.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 12. ed. Salvador: JusPodium, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodium Editora, 2011.

DI MAJO, Adolfo. Forme e tecniche di tutela. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. v. I. Napoli: Jovene, 1989.

DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: SALOMÃO, George Leite; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Orgs.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPodium Editora, 2011.
 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **La instrumentalidad del proceso**. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra Editores, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DÖRING, Herbert. Time as a scarce resource: Government control of the agenda. In: _____. **Parliaments and Majority rule in Western Europe**. Frankfurt: Campus Verlag-St. Martin's Press, 1995.

ENDICOTT, Timothy. **Vagueness in law**. New York: Oxford Press University, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

EQUADOR - **Constitución de la República del Ecuador de 2008**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

ESPANHA - Tribunal Constitucional Espanhol. **Sentença n. 67/1984**. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/320>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

ESPANHA - Tribunal Constitucional Espanhol. **Sentença n. 163/1998**. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/320>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

ESPINOZA, Juan. **Derecho de la responsabilidad civil**. 5. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.

ESSER, Josef. **Precompresione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

FADDA, Rossella. **La tutela preventiva dei diritti di credito**. Napoli: Jovene, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Reflexiones críticas sobre el neoconstitucionalismo**. Jornadas de Seguridad Jurídica. Universitat de Girona. Barcelona. 2012. Disponível em: <http://www.catedradeculturajuridica.com/#?id=306&no_index=true#content>. Acesso em: 10 jan. 2013.

FLEMING, James; HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John. **Civil Procedure**. 4ª Ed. Boston: Little & Brown, 1992.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Trad. de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FISS, Owen. **The civil right injunction**. Indiana: Indiana University Press – Bloomington & London, 1978.

FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**. v. 93, 1979.

FISS, Owen. The social and political foundations of adjudication. **Law and human behavior**. v. 6, 1982.

FRANZONI, Massimo. **Fatti illeciti**. Il foro italiano. Roma: Zanichelli, 1993.

FRANZONI, Massimo. **Trattato della responsabilità civile**. v. II. Il danno risarcibile. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010.

FRIGNANI, Aldo. **L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1974.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 2006.

GARCÍA TOMA, Víctor. **Teoría del Estado y Derecho Constitucional**. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1999.

GIORGIANNI, Michele. Considerazioni generali. IN: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.) **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene. v. I, 1989.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. Vol. I. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e Costituzione**. Bologna: Zanichelli, 1983.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 6. ed. Trad. de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

GRASSO, Edoardo. I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela. **Rivista di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1990.

GROSSI, Paolo. **Introduzione al novecento giuridico**. Roma: Laterza, 2012.

GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 2004
GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Os direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais**. Dissertação (Mestrado em Direito da UFPR). Universidade Federal do Paraná, 2006.

HRUSCHKA, Joachim. **La comprensione dei testi giuridici**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Barcelona: J.M. Bosch Editores, 1992.

IRTI, Natalino. **Significato giuridico dell'effettività**. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2009.

ITÁLIA - **Sentença da Corte Costituzionale Italiana de 8 set. 1995**. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionali.it/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños. Vol. I**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2004.

KANTOROWICZ, Hermann U. **La lotta per la scienza del diritto**. Turin: Forni Editore. Reimp, 1908.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KIRCHMANN, J.H. **La Jurisprudencia no es una ciencia**. Trad. de A. Truyol y Serra. CEC. Madrid, 1983.

KOZICKI, Katya H.L.A. **Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito**. Dissertação (Mestrado)- UFSC, Florianópolis: UFSC, 1993.

KUHN, Thomas. **La estructura de las revoluciones científicas**. Trad. de Carlos Solís. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006.

LA ROCCA, Delia. La patrimonializzazione dei diritti nella scienza giuridica europea. In: MAUGERI Maria Rosaria; PALIDDA Rita (Org.) **Tra diritto e società**. Milano: Giuffrè, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. **¿Qué es una Constitución?** Barcelona: Ariel. 2012.

LIBERTINI, Mario. La tutela civile inibitoria. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.) **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. v. I. Jovene: Nápoles, 1989.

PERÚ. Sentencia del Tribunal Constitucional. **Proceso de amparo n° 00537-2007-AA/TC**. 18 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00537-2007-AA.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

PERÚ. Sentencia del Tribunal Constitucional. **Proceso de amparo n° 03741-2004-AA/TC**. 14 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

LIMONGI-FRANÇA, Rubens. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1988.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Hayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de los sistemas**. Madrid. Universidad Iberoamericana, 1995.

MANDRIOLI, Crisanto. L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro. **Rivista di Diritto Processuale**, 1975.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Safe, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Trad. Aldo Zela. Lima: Palestra Editores, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica de los derechos**. Trad. Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra Editores, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. I. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutelas urgentes y tutelas preventivas**. Lima: Communitas, 2010a.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. I. 5. ed. São Paulo: RT, 2011b

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. III. Execução. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. I. 6. ed. São Paulo: RT, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Três questões urgentes: Desmistificação do duplo grau, execução imediata da sentença e autoridade dos precedentes (técnica da relevância da questão federal). **Cadernos Jurídicos**. OAB/PR, v. 28, 2012. p. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 5. ed. São Paulo: RT, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. v. V. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **O projeto do CPC**. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um 'Sistema em Construção'. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, Síntese Editora, v. 15, 1998.

MARZULLO, Bruno. Suspensão do efeito suspensivo da apelação no novo CPC. **Cadernos Jurídicos**. OAB/PR, v. 1, 2011.

MAUGERI, Maria Rosaria. **Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria**. Milano: Giuffrè, 1997.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **RePro**, São Paulo, v. 183, 2010.

MAZZAMUTO, Salvatore. **L'attuazione degli obblighi di fare**. Napoli: Jovene, 1978.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do código Buzaid. **RePro**, São Paulo: RT, v. 183, 2010.

MÒCCIOLA, Michele. Problemi del risarcimento dl danno in forma specifica nella giurisprudenza. **Rivista Critica del Diritto Privato**. Napoli: Jovene, 1984.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONROY GÁLVEZ, Juan. Bases para el estudio de la relación entre el derecho y sociología. Derecho y Sociedad. **Revista de Derecho Público**. Lima, Año I, n. 1, 1989.

MONROY GÁLVEZ, Juan. **Introducción al proceso civil**. Bogotá: Temis, 1996.

MONROY GÁLVEZ, Juan. **La formación del proceso civil**. 2. ed. Lima: Palestra Editores, 2004.

MONROY GÁLVEZ, Juan. Globalización, Derecho y Proceso. IN: **Revista Peruana de Derecho Procesal**. Vol. XIV. Año XIII. Lima: Communitas, 2010.

MONROY GÁLVEZ, Juan; CAIRO, Omar. Informe Nacional: Cuestionario general. **Civil Procedure Review**, Rio de Janeiro, v. 1-2011.

MONROY PALACIOS, Juan José. **La tutela procesal de los derechos**. Lima: Palestra Editores, 2004.

MONTESANO, Luigi. Problemi attuali su limii e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. v. IV. Milano: Giuffrè, 1995.

MONTESANO, Luigi. **Attuazione delle sanzioni e delle cautele contro gli obbligati a fare e a non fare**. Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice. Atti del XXII Convegno Nazionale. Milano: Giuffrè, 2001.

PAGNI, Ilaria. **Tutela specifica e tutela per equivalente**. Milano: Giuffrè, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**. Salvador: JusPodium. 2012.

PELLEGRINI, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Carlos Antônio de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

PELLEGRINI, Ada. Coisa julgada e terceiros. IN: ASSIS, Araken de (Org.). **Direito civil e processo: Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: RT, 2007.

PÉREZ-RAGONE, Álvaro. La tutela civil inibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, v. XXVIII, 2007.

PERROT, Roger. La coercizione per dissuasione nel diritto francese. **Rivista di diritto processuale**. Milano: CEDAM, 1996.

PERU - **Código Procesal Civil del Perú de 1993**. Disponível em: <<http://www.iberred.org/pt/node/195>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

PERU - Tribunal Constitucional. **Sentença 1912-2011-AA/TC**. Disponível em: <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01912-2011-PA.html>. Acesso em: 10 jan. 2013.

PICARDI, Nicola. **La jurisdicción en el alba del tercer milenio**. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra Editores, 2009.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J.M. Bosch Editores, 1997.

PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento**. Padova: CEDAM, 1998.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Justicia, Constitución y Pluralismo**. Lima: Palestra Editores. 2005.

POZZOLO, Susanna. **Neocostituzionalismo e positivismo giuridico**. Torino: Giappichelli. 2001.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Interpretación jurídica y creación judicial del derecho**. Lima: Palestra Editores, 2007.

PROTO PISANI, Andrea. **Opposizioni di terzo ordinaria**. Napoli: Jovene, 1965.

PROTO PISANI, Andrea. L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna. **Rivista di diritto processuale**. Milano: CEDAM, v. XXX, 1975.

PROTO PISANI, Andrea. La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela. **Foro Italiano**, 1990. v. V. Cap. 3.

PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 5. ed. Napoli: Jovene Editore, 2010.

PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (storia). **Enciclopedia del diritto**. v. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969.

PULEO, Anna. **Quale giustizia per i diritti di libertà?** Milano: Giuffrè, 2005.

RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987.

RAPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. Inibitoria. **Enciclopedia Giuridica Treccani**. v. 17. 1989.

RIO GRANDE DO SUL – TJRS. **Ação Rescisória n. 5992631836**. CC, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, julgado em 26/04/2000.

RODOTÀ, Stefano. Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile. **Rivista di diritto commerciale**. v. I, 1967.

SANDULLI, Aldo. **Manuale di diritto amministrativo**. v. I. Napoli: Jovene, 1989.

SANGIORGI, Salvatore. Rilevanza e profili di tutela dei rapporti non patrimoniale. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. v. I. Napoli: Jovene, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodium, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

SCUFFI, Massimo. **Diritto processuale dei brevetti e dei marchi**. Milano: Giuffrè, 2001.

SICA, Marco. **Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza**. Milano: Giuffrè, 1991.

SICA, Marco. **Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti di urgenza**. Milano: Giuffrè, 2001.

SICHES, Recasens. Balance de la teoria para el derecho de Kelsen. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. n. 19, Sección de Estudios, 1974.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: RT, 1968.

SIMONS, Adrián. El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales. **Civil Procedure Review**. N. 1/2012. Brasil. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 26 nov. 2012.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

SPOLIDORO, Marco. **Le misure di prevenzione nel diritto industriale**. Milano: Giuffrè, 1982.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bolonha: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. Attuazione esecutiva dei diritti. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione del diritto. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, v. I, 2001.

TARZIA, Giuseppe. Presente e futuro delle misure coercitive civile. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, 1981.

THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio de segurança jurídica. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Orgs.). **Terceira etapa da reforma do CPC**. Salvador: JusPodivm, 2007.

TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza**. Struttura e limite della tutela anticipatoria. Milano: Giuffrè, 1983.

TRAPUZZANO, Cesare. **Le misure coercitive indirette**. Milano: CEDAM, 2012.

TUCKER, George. **Lectures on Constitutional Law**. Shepherd and Colin. 1843.

VALLESPÍN PEREZ, David. Los nuevos retos del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. **Cuaderno de Ponencias de las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal**. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2008.

VAN CAENEGEM, Raoul. **An historical introduction to western constitutional law**. New York: Cambridge University Press, 1996.

VANZETTI, Adriano; DI CATALDO, Vincenzo. **Manuale di diritto industriale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

VELLUZZI, Vito. **Le clausole generali**. Semantica e politica del diritto. Milano: Giuffrè, 2010.

WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962.

WATANABE, Kazuo. **A cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Perfil, 2005.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Madrid: Civitas, 1982.

WIEACKER, Franz. **Diritto Privato e Società Industriale**. Nápoles: Edizioni scientifiche italiane, 1983.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2010.

WIETHÖLTER, Rudolf. **Le formule magiche della scienza giuridica**. Roma: Laterza, 1975.

YUPANQUI, Samuel Abad. **Constitución y procesos constitucionales**. Lima: Palestra Editores, 2010.

ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Madrid: Civitas, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. 9. ed. Madrid: Trotta, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La legge e la sua giustizia**. Bologna: Il Mulino, 2008.

ZELA, Aldo. **La tutela preventiva de los derechos** (como manifestación de la tutela diferenciada). Lima: Palestra Editores, 2004.

Apêndice A: Proposta de reforma legislativa no direito peruano.

Constituição Política do Peru de 1993.

Art. 3.

Inc. II.

Os direitos fundamentais definidos na Constituição e aqueles reconhecidos em instrumentos internacionais aos quais o Estado tenha se aderido possuem eficácia direta e imediata sobre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Tais direitos são plenamente tuteláveis e não deixarão de serem aplicados e não se permitirá violação alguma por falta de regulamentação respectiva. Diante da falta de regulamentação, estes são imediatamente aplicáveis entre privados e passíveis de serem concretizados jurisdicionalmente.

Código Processual Civil do Peru de 1993.

Subcapítulo III

Execução das ações relativas às prestações de fazer, não fazer e de entregar coisa.

Art.-

Nos processos destinados à prestação de fazer ou não fazer, o juiz, ao declarar procedente a ação, concederá a tutela específica ou determinará a fungibilidade a pedido de parte ou de ofício da tutela pelo resultado prático equivalente.

A tutela específica tem por objeto a prevenção da prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção e para o ressarcimento de um dano.

Art.-

Quando se pretenda a entrega de coisa, o juiz concederá a tutela específica determinando o prazo para o cumprimento da obrigação. Quando se trate de entrega de coisa determinada e infungível, o autor deverá individualizá-la na petição inicial. Se a coisa é determinada pelo gênero e quantidade, facultar-se-á ao réu a escolha devendo entregá-la no prazo fixado na sentença mandamental.

Art.-

Converter-se-á a tutela específica em tutela indenizatória se o autor o requerer ou se é impossível a tutela específica ou pelo resultado prático equivalente.

Art.-

Quando o autor pretenda a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá os efeitos da declaração não emitida.

Subcapítulo IV

Das medidas executivas para o cumprimento da sentença que reconheça obrigações de fazer e não fazer.

Art.-

Para o cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz poderá, *ex officio* ou a pedido de parte, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção da tutela pelo equivalente, determinar medidas necessárias à satisfação do direito material do exequente cuidando de optar pelo meio idôneo e de menor restrição para o executado.

Inc. I.- Para efetivar a decisão que ordena um fazer ou não fazer, o juiz optará, entre outras medidas, a imposição da multa pelo atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, intervenção em atividade empresarial e o impedimento de atividade nociva requerendo, se for necessário, do auxílio de força policial.

Inc. II.- A intervenção judicial em atividade empresarial realizada pelo agente de execução:

1.- Será determinada se não existir outro meio eficaz para a efetivação da decisão;

Inc. III.- Determinada a ordem judicial e descumprida, condenar-se-á ao executado recalcitrante nas penas de litigância de má-fé e dar-se-á ciência ao Ministério Público para a denúncia por crime de desobediência à autoridade judiciária.

Art.-

A multa periódica não depende do pedido da parte poderá ser concedida na fase de conhecimento, em tutela cautelar ou sentença.

Inc.I.- O juiz, de ofício ou a requerimento, poderá modificar o valor e periodicidade da multa e inclusive excluí-la sem direito a devolução caso verifique que:

1. Se tornou insuficiente ou excessiva.
2. O obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

Inc. II.- A multa será devida ao exequente.

Inc.III.- A execução definitiva da multa depende do trânsito em julgado da sentença favorável à parte. A multa será devida desde o dia em que houver configurado o descumprimento da decisão, permitindo-se, porém a execução provisória da decisão que fixar a multa.

Inc. IV.- O pedido de execução de multa abrange aquelas cumuladas e vencidas ao longo do processo enquanto não fosse cumprida pelo executado a decisão que as obrigou.

Subcapítulo

Procedimentos Especiais

Ação Inibitória.

Art.-

O processo de prevenção do ilícito poderá ser proposto para impedir a prática, repetição ou a continuação de ato ilícito.

Parágrafo único.- Se, no curso do processo, o ato ilícito venha a ser praticado, o órgão jurisdicional poderá, acolhendo o pedido, conceder tutela de remoção dos efeitos do ilícito.

Art.-

A pretensão de prevenção do ilícito pode ser cumulada com o pedido de remoção do ilícito.

Art.-

Tratando-se de procedimento especial e presente a sumarização da cognição, seja para a prevenção ou remoção do ilícito, de forma antecipada ou final, é irrelevante a demonstração de ocorrência de dano ou da demonstração de fator de atribuição pertencente ao regime de responsabilidade civil.

Art.-

Se o autor cumular, ao pedido preventivo, o pedido de ressarcimento do dano, ainda que na forma específica, observar-se-á o procedimento comum, com a restrição da cognição prevista no artigo anterior.

Art.-

É facultado ao autor pedir que a decisão final ou a que antecipou a tutela seja estendida a terceiro se, no curso do processo, ficar constatado que o ilícito possa vir a ser praticado por ele. Neste caso, integrar-se-á ao terceiro como réu, devendo ser citado e apresentar resposta. Se o autor advertir só ao final do

processo a possível ou provável realização do ato proibido na sentença por terceiro, permitir-se-á os efeitos *ultra partes* da sentença devendo apresentar o terceiro, resposta ao pedido do autor que solicita a extensão dos efeitos da sentença.

Parágrafo único. - O *caput* deste artigo aplica-se unicamente no primeiro grau de jurisdição.